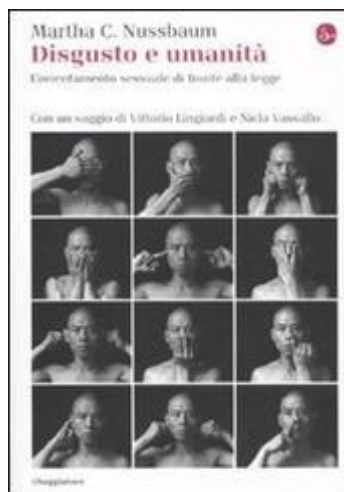


Martha C. Nussbaum

DISGUSTO E UMANITÀ'

L'orientamento sessuale di fronte alla legge



Due donne che si baciano, due uomini che fanno l'amore. Disgusto. Nei confronti delle omosessualità la nostra società ha sempre manifestato un'avversione viscerale, che Martha Nussbaum collega al fastidio provato di fronte alle secrezioni corporee, ai rifiuti organici, alla materia in decomposizione. Proprio sul disgusto si sono fondate, nel tempo, discriminazioni giuridiche e sociali nei confronti degli individui omosessuali: carcerazione, deportazione in campi di sterminio, leggi antisodomia, interdizione al matrimonio . Oggi la politica del disgusto incontra due avversari sempre più influenti: il rispetto e l'empatia. Nella vita sociale e giuridica, commenta Nussbaum, si fa strada la politica dell'umanità, costruita attorno al riconoscimento dell'altro, della sua soggettività, delle sue ragioni, percezioni, emozioni . Disgusto e umanità sfida la società e la politica su vari terreni, dal diritto di famiglia, alle leggi antidiscriminazione, alla legislazione sul lavoro. Sono in gioco i diritti fondamentali, i principi costituzionali. Come quelli dell'eguaglianza di fronte alla legge e delle libertà individuali. Realtà vitali, che vanno articolate e concretizzate nell'esistenza di ogni cittadino, se vogliamo che le parole della Costituzione non rimangano solo belle parole . Vittorio Lingiardi e Nicla Vassallo dialogano con le tesi di Martha Nussbaum, arricchendole di istanze psicologiche e filosofiche .



Martha C. Nussbaum, studiosa di filosofia greca, ha esteso le sue ricerche a molteplici tematiche, dalla filosofia morale alla filosofia del diritto, dalla filosofia politica alla filosofia femminista, nonché alle connessioni tra queste discipline. Autrice di numerosi saggi, tra i quali ricordiamo *Nascondere l'umanità* (Carocci 2005), *L'intelligenza delle emozioni* (il Mulino 2009), *Non per profitto* (il Mulino 2011), è Ernst Freund Distinguished Service Professor of Law and Ethics presso l'Università di Chicago .

Vittorio Lingiardi, psichiatra e psicoanalista, è professore ordinario di Psicologia dinamica presso la Facoltà di Medicina e Psicologia della Sapienza Università di Roma, dove dirige la Scuola di Specializzazione in Psicologia clinica .

Nicla Vassallo è professore ordinario di Filosofia teoretica presso l'Università di Genova .

Martha C. Nussbaum

DISGUSTO E UMANITA'

L'orientamento sessuale di fronte alla legge

Il Saggiatore

<http://cultura-non-a-pagamento.blogspot.it/>

Sommario

Classificazioni sospette *di Vittorio Lingiardi e Nicla Vassallo* .

DISGUSTO E UMANITÀ

Ringraziamenti .

Prefazione. Dal disgusto all'umanità

1. La politica del disgusto: pratica, teoria, storia .
2. La politica dell'umanità: religione, razza, genere, disabilità
3. Le leggi antisodomia: disgusto e ingerenza
4. Discriminazione e antidiscriminazione: il caso Romer e l'ostilità
5. Un diritto al matrimonio? .
6. Proteggere l'intimità: sex club, sesso in pubblico, scelte rischiose

Conclusione. Dopo il disgusto?

Note

Bibliografia

Indice analitico .

Classificazioni sospette

di Vittorio Lingiardi e Nicla Vassallo

Se mi si chiede di dire perché l'amavo, sento che questo non si può esprimere che rispondendo: «perché era lui, perché ero io» .

MICHEL DE MONTAIGNE, Sull'amicizia

Io la prendo con dolcezza e lei mi prende con furore, il momento tanto atteso che arriva, alla fine, ed è perfetto .

KATE MILLETT, Sita

L'amore ha fissato la sua dimora nel luogo degli escrementi .

WILLIAM BUTLER YEATS, Crazy Jane Talks with the Bishop

La democrazia deve garantire ai propri cittadini sia eguaglianza (assenza di discriminazioni economiche, etiche, legali, politiche, sessuali, sociali), sia equità (giusta distribuzione di benefici e responsabilità). Martha Nussbaum invoca questi concetti per assicurare agli omosessuali l'accesso a ogni diritto civile, diritto alla base della giustizia: difficile altrimenti parlare di Stato democratico. Ne segue che l'Italia non lo è. Non solo. Privati dei diritti che provengono dalla possibilità di sancire legami matrimoniali, i cittadini italiani omosessuali sono cittadini di serie B. Anzi, di serie C dal momento che, quando aggrediti in quanto gay e lesbiche non vengono protetti da una

legge che qualifichi l'omofobia come reato tutte le volte in cui da essa derivino atti discriminatori o violenze (e questo anche grazie al corto circuito tra stigmatizzazione e condizione di minorità giuridica).¹ E allora perché stupirsi se l'Italia occupa una posizione arretrata nell'elenco degli stati attenti ai diritti civili delle cosiddette, brutta espressione, «minoranze sessuali» (una logica triste e incontrovertibile vuole che tale arretratezza riguardi anche i diritti delle donne, dei bambini, dei migranti)?² Il fatto di precedere, in questo elenco, il blocco dei circa novanta paesi che considerano le omosessualità «illegali», e di quelli che, come Arabia Saudita, Emirati Arabi Uniti, Iran, Nigeria, Mauritania, Sudan, Yemen, le puniscono con la pena di morte, dovrebbe forse consolarci?

La giurisprudenza americana assicura una particolare forma di tutela ai cittadini che rientrano in una suspect classification, ovvero una classificazione basata su una discriminazione illegale, è cioè sospetta di incostituzionalità (si veda Nussbaum, p. 105). Per capirsi, l'esempio più citato di «classificazione sospetta» è la «razza»: la storia attesta come la maggior parte delle leggi che impiegano la «razza» quale categoria sistematica degli individui si basa su una discriminazione. Di fronte a una classificazione sospetta (nel contesto di un'azione di governo, di una legge, di un regolamento ecc.), la Corte adotta uno standard più severo (strict scrutiny) di valutazione della conformità al «principio costituzionale di eguaglianza» (Equal Protection Clause). Quali criteri valgono, secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti, per qualificare un gruppo come suspect classification²: a) avere una storia di discriminazioni, ostilità, pregiudizi, stigma; b) coincidere con una minoranza identificabile; c) possedere una caratteristica immutabile e/o decisamente visibile; d) non disporre di sufficiente rappresentanza e potere per proteggersi con strumenti politici.

Dai campi di concentramento ai campi di rieducazione, dagli elettroshock alle «terapie riparative», le persone³ omosessuali si sono sempre confrontate con persecuzioni e violenze, e questa costituisce una delle ragioni per cui hanno sviluppato una sofisticata cultura della in-visibilità.⁴ Atti e individui omosessuali sono transitati attraverso i domini della religione (peccato), della giustizia (illegalità), della medicina (malattia), della psicologia (immaturità e perversione) e solo recentemente sono approdati alla politica dei diritti. Dalla fine degli

anni sessanta, soprattutto in Occidente,⁵ molti hanno iniziato a definirsi/dichiararsi gay e lesbiche, rivendicando uguaglianza di diritti, doveri, opportunità, esprimendo una combinazione unica tra orientamento sessuale e identità sociale, costruendo soggettività inedite nella storia dell'umanità. Da ciò trae origine una sensibilizzazione ad ampio raggio, che oggi possiamo, tra l'altro, apprezzare nelle disposizioni dell'Organizzazione mondiale della sanità e delle principali associazioni internazionali dei professionisti della salute mentale, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nelle risoluzioni del Parlamento europeo .

Non stupisce dunque l'attenzione, sempre maggiore, rivolta agli omosessuali dalla giurisprudenza occidentale, nonché dalle scienze economiche, filosofiche, psicologiche, sociali. Attenzione di fatto accesa da diversi eventi: i movimenti di liberazione gay e lesbici, la depatologizzazione delle omosessualità e la loro cancellazione dagli elenchi dei disturbi mentali,⁶ la crescente visibilità degli omosessuali e delle loro famiglie, ma anche i coming out di personaggi noti al grande pubblico nonché la diffusione di opere artistiche e commerciali che raccontano storie gay e lesbiche. A una consapevolezza antidiscriminatoria, congiunta alla coscienza che il diritto di una sola persona rimane il diritto di tutti, si è purtroppo affiancato lo sviluppo di condanne e intimidazioni, a livello pubblico e privato: manifestazioni di aggressività, disprezzo, più banalmente di diffidenza continuano a popolare le esistenze omosessuali .

Da questo stato di cose prende le mosse Nussbaum che, va precisato, si muove nel perimetro delle democrazie occidentali e della loro storia recente. Perimetro che tende talvolta a stringersi attorno agli Stati Uniti, lasciando sullo sfondo un approccio più articolato su «global justice and human rights». Limite esplicito e comprensibile in un libro in cui Nussbaum, quasi un'alfabetizzatrice giuridica, si rivolge soprattutto (ma non solo) ai suoi connazionali, impiegando concetti di disgusto, famiglia, privato, pubblico, sessualità; concetti che, seppure rintracciabili nel passato, lo sono in forme diverse da quelle dell'attuale società statunitense, in cui tra l'altro le cose da Stato a Stato mutano considerevolmente.⁷ Ci sembra dunque utile segnalare al lettore che Nussbaum è una studiosa di multiculturalismo,⁸ e che da tempo si è sviluppato un acceso dibattito sull'impatto del movimento gay-lesbico

(occidentale) di liberazione sulle culture non occidentali, al punto che la filosofa Judith Butler ha deciso di rifiutare il premio al coraggio civile, conferitole al Berlin Christopher Street Day del 2010, indicando nel problema dell'omonazionalismo (cioè di un'«internazionale gay e lesbica» che promuove in modo globalizzato le culture gay e lesbica dell'Occidente, sovrapponendo il proprio modello alle altre esperienze sociali e culturali) la causa del suo rifiuto: «Non voglio rendermi complice di questo razzismo», di una parata commerciale, che ignora i problemi di razzismo e di doppia discriminazione subita dai migranti omosessuali e transessuali.⁹

Gusto, disgusto

Per spiegare l'esclusione degli individui con orientamenti omosessuali da altre «minoranze», a cui vengono invece assicurati i diritti civili, Nussbaum ricorre al concetto di disgusto. Nello specifico, il disgusto che la maggior parte degli individui (l'autrice non fornisce dati quantitativi) proverebbe nei confronti delle pratiche omosessuali. Lo stesso che ritroviamo nelle parole con cui una deputata repubblicana del New Hampshire, Nancy Elliott, «riassume» la questione dei matrimoni gay, trascurando quelli lesbici: «Il pene di un uomo che si infila nel retto di un altro uomo e si rigira tra gli escrementi».¹⁰ O in quelle, «scientificamente» paludate, di Paul Cameron, radiato dall'American Psychological Association e presidente del Family Research Institute: Le pratiche sessuali tipiche degli omosessuali sono una storia dell'orrore da un punto di vista medico: immaginate di scambiare salive, feci, sperma e/o sangue con dozzine di uomini diversi all'anno. Immaginate di bere urina, ingerire feci e sperimentare traumi al retto periodicamente. Spesso questi incontri si svolgono tra persone ubriache, drogate, e/o in un contesto orgiastico. Per di più, molti di questi incontri avvengono in luoghi estremamente antigienici (bagni, luridi peep show) o, dal momento che gli omosessuali viaggiano così spesso, in altre parti del mondo .

Ogni anno, un quarto o più degli omosessuali visita un altro paese. Germi freschi americani vengono portati in Europa, Africa e Asia, e patogeni freschi di quei continenti arrivano qui da noi. Omosessuali

stranieri visitano regolarmente gli Stati Uniti e partecipano a questo traffico biologico. La lacerazione o la perforazione della parete anale è probabile soprattutto con la pratica del fisting, durante la quale la mano e il braccio sono inseriti nel retto, ed è comune anche con l'utilizzo di toys (nel gergo omosessuale gli oggetti che sono usati per la penetrazione anale: bottiglie, carote, persino piccoli criceti).¹¹ Già contemplato nelle prime definizioni di omofobia, il disgusto viene talvolta invocato, in associazione al panico, dai perpetratori di aggressioni nei confronti di gay e lesbiche (gay bashing) o di veri e propri hat e crimes,¹² come reazione antiomosessuale fisiologica e come «legittima difesa». In alcuni casi, addirittura, accusati di omicidio di un omosessuale, gli aggressori hanno ottenuto una riduzione della pena, appellandosi al disgusto provato per l'atteggiamento esplicitamente sessuale (sexual overture), benché non minaccioso né violento, della vittima.¹³

Secondo Nussbaum, di fronte alle omosessualità molti avvertirebbero «un'avversione profonda, simile a quella ispirata dagli escrementi, dagli insetti viscidati e dal cibo avariato» (p. 66) Si parte dunque da una definizione organica e organolettica di disgusto, che riporta alla mente le parole di Charles Darwin: Il termine «disgusto», nel suo significato più semplice, indica qualcosa che ha un sapore sgradevole e nauseante. E curioso vedere quanto facilmente susciti questa sensazione qualsiasi cosa insolita - nell'aspetto, nell'odore, nella natura - rispetto al nostro cibo ordinario. Nella Terra del Fuoco un indigeno toccò con un dito la carne fredda conservata che io stavo mangiando nel bivacco, e sentendola tenera manifestò chiaramente un estremo disgusto; mentre allo stesso tempo io fui molto disgustato dal fatto che il mio pasto fosse stato toccato da un selvaggio nudo, benché le sue mani non sembrassero sporche. Una sbordolatura di minestra sulla barba di un uomo ci disgusta, benché non ci sia evidentemente niente di disgustoso nella minestra in se stessa. Ritengo che ciò dipenda dalla forte associazione che c'è nella nostra mente tra la vista del cibo, dovunque si trovi, e l'idea di mangiarlo.¹⁴ Darwin sottolinea il valore adattivo del dis-gusto: il senso del gusto che con l'evoluzione si trasforma in una risposta che impedisce di assumere sostanze avariate o potenzialmente pericolose. Lo scopo del disgusto non sarebbe però solo quello di preservare l'individuo da un rischio alimentare o dal contatto

con i batteri; il disgusto costituirebbe anche una difesa psichica. Un disgusto «psicologico» .

Prima di passare a qualche nostra osservazione sul disgusto, e su come viene affrontato, non per la prima volta,¹⁵ da Nussbaum, ci sembra utile aggiungere, alle parole di Charles Darwin, quelle di Sigmund Freud, riferite al tema, che qui ci interessa, della sessualità:¹⁶ L'impiego della bocca come organo sessuale è considerato perversione nel caso che le labbra (o la lingua) di una persona siano poste in contatto con i genitali dell'altra, non però nel caso che entrino in contatto le reciproche mucose labiali. In quest'ultima eccezione risiede il legame con la normalità. Chi aborre le altre pratiche, che del resto sono usuali fin dai primordi dell'umanità, e le considera perversioni, cede nel far così a un evidente senso di disgusto che lo difende dal supporre una tale meta sessuale. I limiti di questo disgusto però sono molto spesso una mera convenzione; chi per esempio bacia con trasporto le labbra di una bella ragazza, probabilmente si servirà dello spazzolino da denti di essa solo con un certo disgusto, sebbene non vi sia alcun motivo per supporre che la propria cavità orale, per la quale non prova ripugnanza, sia più pulita di quella della ragazza. Qui la nostra attenzione è attirata sul fattore del disgusto che sbarra il passo alla sopravvalutazione libidica dell'oggetto sessuale, ma può a sua volta essere superato dalla libido. Nel disgusto si vorrebbe scorgere una delle potenze che hanno determinato la delimitazione della meta sessuale. Di regola queste si arrestano ai genitali. Ma non vi è dubbio che anche i genitali dell'altro sesso possono essere in sé e per sé oggetto di disgusto, e che questo comportamento è una caratteristica di tutti gli isterici (soprattutto delle donne isteriche). La forza della pulsione sessuale ama esplicarsi nel superamento di questo disgusto [...]. Ancor più chiaramente che nel caso precedente si vede, considerando l'ano, che è proprio il disgusto a bollare questa meta sessuale come perversione. Ma non mi si venga a dire che la motivazione di questa ripugnanza - che cioè questa parte del corpo serve all'escrezione ed è in contatto con ciò che è nauseante in sé, gli escrementi, - sia molto più stringente dell'altra motivazione data, per esempio, dalle ragazze isteriche per la loro ripugnanza verso il genitale maschile: che cioè esso serve alla minzione [...]. Studiando le perversioni ci siamo persuasi che la pulsione sessuale deve combattere contro certe potenze psichiche che

fanno da resistenze, tra le quali il pudore e il disgusto sono quelle che ci si sono presentate con il maggiore rilievo. È lecito supporre che queste potenze contribuiscano a circoscrivere la pulsione all'interno dei confini ritenuti normali, e quando nell'individuo si sono sviluppate abbastanza presto, prima che la pulsione sessuale abbia raggiunto il suo pieno vigore, sono esse certamente a indicargli la direzione del suo sviluppo,

Darwin e Freud ci restituiscono, oltre a una funzione difensiva del disgusto, una sua componente soggettiva culturale (ciò che è disgustoso per un indigeno della Terra del Fuoco non lo è per Darwin; ciò che è disgustoso per un isterico può non esserlo per un innamorato; ciò che è disgustoso per me non lo è per te) - fermo restando che si tratta di un'emozione «universale» e che esistono probabilmente alcune classi di entità (feci, insetti, materiali organici in decomposizione, serpenti, sporcizia, vomito ecc.) etichettabili, più facilmente di altre, quali disgustose. Rimane il fatto che un insetto schifoso in una casa occidentale diviene boccone prelibato in un mercato del Sudest asiatico; un formaggio muffoso, un verme nella bottiglia di mezcal, la carne di un cane sono cibo squisito per alcuni, un attentato al (buon) gusto per altri; un gesto ripugnante in certe società, come ruttare e sputare in pubblico, in altre costituisce un'usanza apprezzata .

Al pari di altri grandi pensatori, Nussbaum si interessa di emozioni, includendo tra queste il disgusto. Tuttavia, col termine «emozioni» si indica una tacita varietà di eventi e manifestazioni mentali da rendere difficile una loro analisi sistematica, cosicché non sorprende che alcuni filosofi e psicologi si siano pronunciati con scetticismo in proposito,¹⁷ magari segnalando la difficoltà di differenziare il disgusto da una fobia o da un tabù. Per di più, va rilevato che di recente gli studi delle e sulle emozioni hanno subito un'accelerazione, oltre che in filosofia e psicologia, in antropologia, biologia evolutiva, economia, psicoanalisi, neurologia, neuroscienze, scienze cognitive.¹⁸

Leggendo il libro di Nussbaum, alcune domande rimangono così sospese. In quale misura giudicare razionale il disgusto, o frutto di meri pregiudizi, o, ancora, simile all'autoinganno? Quanto di cognitivo, evolutivo, etico, percettivo, religioso contiene il disgusto?¹⁹ Nel caso in cui appartenga alle emozioni, il disgusto dovrebbe possedere una qualche proprietà da fare sì che esso risulti intelligibile? Ad ogni buon

conto, avendo presente che le relazioni sia eterosessuali, sia omosessuali contemplano la presenza di feci, saliva, sangue, sperma - Nussbaum lo sottolinea più volte -, affinché l'«emozione» sia qualificabile come «disgusto» e non come un'altra emozione, occorre percepire (o concettualizzare) le omosessualità stesse in quanto disgustose. Altrimenti ne va dell'appropriatezza o inappropriatezza del disgusto stesso, al di là del fatto della sua condanna o difesa sul piano prettamente etico, piano che non coincide, per ovvie ragioni, coi moralismi imperanti nelle varie epoche, la nostra inclusa .

Per i nordamericani, le cose che suscitano disgusto appartengono a nove categorie: cibo, secrezioni corporee, animali, comportamenti sessuali, morte o cadaveri, violazioni della superficie corporea (comprese ferite cruenti e deformità), assenza d'igiene, contaminazione interpersonale (contatto diretto con esseri umani sgradevoli), e certi insulti alla morale [...]. Che cosa accomuna questi diversi domini? Inizia così il capitolo «Disgust» Handbook of Emotions:20 se definire un'emozione (accettazione, attesa, disgusto, gioia, paura, rabbia, sorpresa, tristezza)21 non è compito banale, sembra ancor più difficile trovare un denominatore comune tra cibo avariato e insulto alla morale. Ci riuscì Jeremy Bentham, filosofo e giurista inglese tra i fondatori dell'utilitarismo, in un passaggio del suo Difesa dell'omosessualità, pamphlet settecentesco a cui Nussbaum deve senz'altro qualcosa: Per concludere, in questo come in molti altri casi, la disposizione a punire non sembra aver avuto altro fondamento che l'avversione dei giudici nei confronti dell'imputato. E lecito domandarsi quali siano le circostanze che possono aver alimentato tale avversione. La prima è senz'altro la repulsione fisica del reato. In verità, se vogliamo pensare e agire secondo logica, tale circostanza presa in se stessa è del tutto irrilevante. L'atto è in sommo grado odioso e ripugnante, non per l'uomo che lo pratica, il quale lo fa appunto perché gli procura un piacere, ma per chi se lo immagina. Ma se è così, che cosa ha a che fare con lui? Egli è libero di farlo, come lo sono io di astenermene. A un uomo piace la carne avariata - cosa davvero straordinaria -, buon per lui! Ma a me che importa, finché posso concedermi carne fresca? Questo ragionamento, per quanto corretto, non trova molte persone che siano capaci di seguirlo con la dovuta serenità. La tendenza a confondere impurità fisica e morale è molto più tenace di quanto sarebbe auspicabile (non

mi soffermo a esaminare il termine «impurità», passando dal suo significato letterale a quello figurato).²² Nel 1994, cosperso di miele e olio di pesce, l'artista cinese Zhang Huan entrò in un fetido bagno pubblico di Pechino. Si accomodò su una piccola sedia di legno davanti a una telecamera e per un'ora si espose ai cattivi odori e agli insetti. Il suo corpo nudo, ricoperto di mosche, divenne così un campo di resistenza estrema al disgusto, e una bandiera per denunciare le condizioni a cui erano costretti gli artisti cinesi d'avanguardia.²³ Repulsione, disgusto. Nussbaum focalizza l'attenzione su un'emozione cui (e pour cause) dedichiamo poche riflessioni nel quotidiano, ma che solleva interrogativi imprescindibili. Che cosa evoca disgusto? Se, stando ai lavori di Paul Rozin e collaboratori, siamo disgustati da elementi che contaminano il nostro cibo, rimane tutt'altro che chiaro come questa emozione «food-related» si estenda ad aspetti più complessi della vita sociale. L'emozione del disgusto, infatti, gioca un ruolo importante nella formazione dei giudizi etici, nonché nella creazione di conflitti morali e scenari di violenza etnopolitica;²⁴ presenta varie ramificazioni cliniche (è implicata nei disturbi ossessivo-compulsivi, nelle fobie, nei disturbi alimentari);²⁵ diverse religioni (ebraismo, induismo, islam) la chiamano in causa nella caratterizzazione rituale di quanto è puro e di quanto è contaminato.

Nussbaum si concentra su un'emozione così difficile da definire e localizzare, perché, a suo parere, il disgusto rappresenta da sempre una delle motivazioni capitali di chi impone agli omosessuali molteplici restrizioni legali, dalle leggi antisodomitiche a quelle contro il matrimonio. Come lei stessa ricorda, nell'Inghilterra degli anni cinquanta, Lord Patrick Devlin, ignaro della distinzione tra emozioni e ragioni, affermava che il disgusto provato da un qualunque cittadino costituisce una ragione sufficiente per rendere illegale una pratica relazionale, sebbene questa non rechi alcun danno a terze parti non consenzienti; analogamente, Leon Kass,²⁶ a capo del Consiglio di bioetica durante la presidenza Bush, ha sostenuto che la «ripugnanza» possiede una sua inerente «saggezza». In diversi momenti storici, continua Nussbaum, la «politica del disgusto» ha condizionato la vita delle donne, dei neri, degli ebrei, dei «non occidentali», dei fuori casta in India e di molti altri: una politica che mina alla base il principio dell'eguaglianza di tutti

i cittadini davanti alla legge e che va perciò sistematicamente smascherata. Ed è quello che si propone di fare .

Gran parte della retorica politica e giuridica alla base della negazione di diritti ai gay e alle lesbiche americani si baserebbe sul linguaggio del disgusto. Le attività omosessuali vengono infatti spesso descritte da alcuni politici quali «turpi e rivoltanti» in grado di «contaminare e corrompere la società», a partire dal disgusto per le feci e la saliva, il sangue, i germi e il contagio. Il che, conclude Nussbaum, non può rappresentare una «valida guida per l'attività legislativa» .

Occorre stabilire se il disgusto per le pratiche omosessuali assuma una dimensione transculturale,²⁷ o sia prevalentemente locale (anche con localizzazioni ampie) e pertanto privo di «universalità»: come abbiamo già notato, il fatto che alcuni provino disgusto per certi atti non implica che altri non li prediligano. Stando a Nussbaum, in molte culture passate (e anche contemporanee) gli uomini che avevano regolarmente rapporti sessuali con persone dello stesso sesso non erano oggetto di disgusto. L'antica Grecia non era una società insensibile al disgusto. I rapporti orali, per esempio, erano generalmente considerati disgustosi e stigmatizzanti per entrambe le parti (ma soprattutto quella ricettiva). Il rapporto sessuale tra uomini, tuttavia, benché circondato da numerose regole etiche ed eccezioni, non era considerato di per sé sporco o disgustoso, infatti si riteneva comunemente che gli stessi dèi apprezzassero particolarmente quel tipo di comportamento. [...] Molte nazioni moderne sembrano oggi condividere l'idea che i rapporti omosessuali non siano disgustosi, la maggior parte dei paesi dell'Europa occidentale la pensa così. Questo è ancora più significativo per la nostra riflessione, perché questi paesi condividono la nostra eredità cristiana, a dimostrazione del fatto che non è semplicemente tale eredità a dettare la nostra politica sull'orientamento sessuale, (pp. 92-93) Che l'associazione tra feci, saliva, sangue, sperma e relazioni omosessuali disgusti la maggior parte degli statunitensi (sempre che ciò risulti empiricamente riscontrabile) non implica ceteris paribus che disgusti la maggior parte degli esseri umani. In altre parole, ci sembra importante insinuare nel lettore il dubbio che il tema del disgusto abbia ricoperto e spesso ricopra ancora un ruolo nella giurisdizione antiomosessuale, ma che da solo non sia sufficiente a spiegarla, né necessario a giustificarla. L'interesse per il tema, e l'incitamento a

passare dal disgusto all'umanità, potrebbe avere una forte connotazione statunitense. Nussbaum stessa considera «difficile» la seguente domanda: Perché, allora, il pregiudizio contro i gay è così forte nella [politica americana?] [...]. Potremmo citare l'ansia spropositata degli americani rispetto a malattia, morte e decomposizione, questi fattori, tuttavia, non bastano a spiegare come mai il disgusto sia un fattore così prominente nell'atteggiamento degli individui verso i gay e le lesbiche, e gli uomini gay in particolare. Potremmo aggiungere che gli americani tipicamente provano molta ansia nei confronti della varietà sessuale, forse anche del sesso in sé, e sono per molti versi meno tolleranti di molti europei. (p. 93) In realtà, è l'elemento «proiettivo» del disgusto a rappresentare la cinghia di trasmissione argomentativa che, come vedremo, ci aiuta a passare dal tema del disgusto a quello dell'omofobia/omonegatività. Un disgusto (smelliness, sliminess, stickiness) proiettato su un gruppo di individui che vengono di conseguenza stigmatizzati e considerati inferiori: «Ciò che conta di più ai nostri fini è che il disgusto proiettivo sembra essere un cattivo fondamento per la regolamentazione in una nazione di eguali, dati i suoi legami con fantasie irrazionali e la sua tendenza a stabilire gerarchie ingiuste. [...] Il disgusto è come l'odio razziale: non viene espresso sempre apertamente nella buona società», (p. 94) A un primo livello, Nussbaum crede nella funzione difensiva-evoluzionista del disgusto in quanto capace di metterci in guardia rispetto a un pericolo. In un'intervista,²⁸ sostiene che anche se il disgusto non riesce a fiutare perfettamente il pericolo, di solito è uno strumento euristico abbastanza utile quando non c'è tempo per un'analisi approfondita, o non siamo in grado di farla. Ancora oggi, che abbiamo a disposizione moltissimi mezzi per individuare un pericolo, il disgusto rimane uno strumento euristico fondamentale. Se il latte ha un odore che ci disgusta, è buona norma non berlo. Non possiamo controllare in ogni momento l'ambiente in cui ci troviamo alla ricerca di batteri, quindi stare alla larga dalle cose che ci disgustano può essere un buon metodo per evitare i pericoli.

Ma, prosegue, penso che questo non dimostri nulla sull'utilità della forma proiettiva del disgusto, in base alla quale etichettiamo certi gruppi di persone come disgustosi e li associamo a feci, cadaveri e animali disgustosi. Può anche essere un'attività umana presente da

sempre e ovunque, ma l'ubiquità non è sinonimo di valore, soprattutto di valore etico o politico: il fatto che l'uomo abbia sempre e ovunque dominato la donna non prova che questo dominio sia eticamente o politicamente buono .

Fobie, omofobie

Ci sembra fruttuoso portare l'attenzione del lettore sul tema delle omofobie e sugli studi scientifici in proposito. Precursore del termine è «omoerotofobia», impiegato dallo psicologo americano Wainwright Churchill per descrivere una paura, prevalentemente culturale, per cui i rapporti omoerotici rappresenterebbero una minaccia per l'organizzazione sociale. È invece George Weinberg a coniare, nel 1972, il termine «omofobia» per indicare la paura irrazionale di trovarsi in luoghi chiusi assieme a omosessuali e le reazioni di ansia, avversione, disgusto, intolleranza di alcuni eterosessuali nei confronti di gay e lesbiche.²⁹ Dal «problema sociale» ci si muove così a quello psicologico-individuale, privilegiando gli aspetti emotivi degli omofobi, rispetto a quelli cognitivi. Tuttavia, pur annoverandole tra le «fobie classiche», Weinberg sottolinea la portata aggressiva delle omofobie e la loro propensione a convertirsi in violenza, caratteristiche che le rendono «atipiche». Tra i criteri necessari per formulare una diagnosi clinica di «fobia» figurano la consapevolezza che la paura è eccessiva, «paralizzante», inadeguata rispetto al caso (ragni, insetti, spazi aperti, spazi limitati ecc.) e il conseguente desiderio, da parte del fobico, di liberarsene. Nessuno di questi criteri sembra venire soddisfatto dalle omofobie comunemente intese, dal momento che, non solo l'omofobo ritiene normale e motivata la sua reazione negativa, non vive con disagio il proprio stato, né avverte il bisogno di liberarsene, ma il suo funzionamento sociale non ne risulta per forza compromesso. Sul piano comportamentale, per di più, le fobie si manifestano principalmente con l'evitamento degli oggetti e dei contesti temuti; nelle omofobie, invece, l'evitamento riesce a coesistere con comportamenti di avversione attiva e, in alcuni casi, di deliberata violenza .

«Omofobia» non sarebbe dunque un termine soddisfacente, dal momento che focalizza l'attenzione su elementi clinici e individuali, «irrazionali» dice Weinberg, trascurando la componente culturale e le radici sociali dell'intolleranza e quindi la parentela con modi di «odiare in prima persona plurale» - odi giustificati e sostenuti dal gruppo -30 quali misoginie, razzismi, xenofobie. Come osservano Stephen Morin e Ellen Garfinkle da una prospettiva socioculturale, le omofobie possono infatti consistere in «un sistema di credenze e stereotipi che mantiene giustificabile e plausibile la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale; [un] uso di un linguaggio o slang offensivo nei confronti delle persone gay; qualsiasi sistema di credenze che svaluta gli stili di vita omosessuali in confronto a quelli eterosessuali».31

Dato che tra l'estremo psicologico-individuale e quello ideologico-collettivo si situano molti modi di esprimere il disagio e l'avversione nei confronti degli omosessuali e delle omosessualità (condanna morale degli omoerotismi, eterosessismi, omofobie psicologiche, violenze antigay e antilesbiche), occorre differenziare le reazioni antiomosessuali in prevalenza legate all'ansia e all'emotività da quelle più strutturate dal punto di vista epistemico-cognitivo (autoinganni, false credenze, menzogne, pregiudizi). Per esempio, la Modern Homophobia Scale32 «misura» il grado di omofobia individuale attraverso tre dimensioni: devianza (quando l'intervistato considera le omosessualità comportamenti devianti e patologici), socializzazione (riferita alla sensazione di disagio personale nei confronti di gay e lesbiche), diritti (in relazione alle opinioni circa la discriminazione istituzionale degli omosessuali). Cosicché un individuo, intellettualmente o razionalmente a favore dei diritti civili di gay e lesbiche, potrebbe reagire in modo negativo all'interazione personale con loro. O viceversa .

Lo sbilanciamento psicologico e unidimensionale del concetto di «omofobia» è compensato da quello multidimensionale di «omonegatività», secondo il quale le omofobie in senso stretto rappresenterebbero un fattore nel più ampio contesto di atteggiamenti culturali, legali, morali, sociali. Oppure, suggerisce lo psicologo Gregory Herek, potremmo ricorrere al termine «eterosessismo», definito «un sistema ideologico che nega, denigra e stigmatizza ogni

forma di comportamento, identità, relazione o comunità non eterosessuale»:33 i pregiudizi antiomosessuali non sono solo dimensioni individuali e cliniche, ma fenomeni sociali le cui radici si rintracciano nelle ideologie culturali, nelle relazioni intergruppo, nelle tradizioni. Fenomeni che si sviluppano sin dall'infanzia, dal momento che la maggior parte dei bambini cresce in contesti familiari, scolastici, sociali che, nel migliore dei casi, considerano le omosessualità argomenti su cui tacere o, al più, su cui pronunciarsi con battute di spirito. Per questo, da adolescenti e da adulti, le persone tendono a considerare le omosessualità non tanto caratteristiche in primo luogo associate a un individuo, quanto etichette, più o meno visibili, ridicole, spregevoli, connesse a immagini di malattie, peccati, stranezze .

Se il concetto di omofobia rischia di essere troppo centrato sulle dinamiche intrapsichiche, quello di eterosessismo sembra troppo focalizzato sul livello sociale e istituzionale del problema, cioè su determinanti che trascendono il singolo. Le emozioni individuali di condanna, disgusto, ostilità (eterosessismo psicologico) vengono dunque spiegate come manifestazione microscopica di un fenomeno macroscopico: l'eterosessismo culturale. Così sempre Herek mette l'accento sulle espressioni «pregiudizio sessuale» e «stigma sessuale»,34 che, prive di riferimenti a eventuali motivazioni sottostanti, collocano lo studio degli atteggiamenti verso gli orientamenti sessuali nel più ampio contesto della ricerca sociopsicologica sulla formazione delle credenze errate e stereotipate. «Omofobia» rimane tuttavia il termine più diffuso a indicare una disposizione negativa, personale e/o collettiva, psicologica e/o sociale, nei confronti degli individui e delle esperienze omosessuali: dal generico disagio all'avversione esplicita, fino a manifestazioni attive di discriminazione, ostilità, violenza."

La spiegazione «classica» dell'avversione nei confronti delle omosessualità è che queste sarebbero «contro natura». Ovvero? Stando a Michel de Montaigne, «chiamiamo contro natura quello che avviene contro la consuetudine; non c'è niente se non secondo essa, qualunque cosa sia».36 La consuetudine viene così interpretata dal «riparatore» Joseph Nicolosi, presidente della famigerata North (National Association for Research and Therapy of Homosexuality): La popolazione omosessuale è circa il 2%, 1,5-2%. Perciò statisticamente

non è «normale» nel senso che non è molto diffusa. Oltre a questo, non è nemmeno normale in termini di natural design. Quando parliamo di legge naturale, e della funzione del corpo umano [...] quando guardiamo alla funzione del corpo umano, l'omosessualità non è normale. E un sintomo di qualche disordine. La normalità è ciò che adempie a una funzione in conformità al proprio design; questo è il concetto di legge naturale, e in questo senso l'omosessualità non può essere normale, perché l'anatomia di due uomini, i corpi di due uomini, o due donne, non sono compatibili." Se innaturale significa «fuori dell'ordinario», «inconsueto» in senso statistico, ammesso che sia reale la prevalenza statistica delle eterosessualità sulle omosessualità, non dimentichiamo che, per esempio, risultano più numerosi gli spermatozoi incapaci di fecondare un uovo: diremmo che questi spermatozoi sono naturali, mentre è innaturale lo spermatozoo che vi riesce? Sebbene Nussbaum suggerisca che il significato di «naturale» sia vago, la natura può venire intesa in diversi modi: l'universo e i suoi contenuti; il mondo vivente, il mondo organico, nessuno di questi autorizza a definire innaturali le omosessualità .

La disputa sul contronaturale, innaturale, naturale è antica e sempre aperta; l'immagine prevalente di natura varia in effetti con il variare dei tempi e dei luoghi; c'è sempre una cultura che decide che cosa sia la natura. Altrettanto antica e aperta è la disputa filosofica su cosa si debba intendere con «legge di natura».38 Chi invoca una legge di natura per discriminare gli omosessuali, non solo ha di rado cognizione di tutto ciò e associa ingenuamente «naturale» a «buono» e «innaturale» a «cattivo», ma soprattutto fa valere due visioni bizzarre: l'omosessualità non ha finalità riproduttive, se tutti fossero omosessuali, la specie umana si estinguerebbe; l'omosessualità è innaturale in quanto assente in natura, cioè nel mondo animale non umano. Se per omosessualità si intendono gli atti omosessuali in sé, essi sono «naturali», perché presenti in natura; quanto agli affetti e alla loro organizzazione sociale, questi in nessun caso risultano in toto naturali, perché imprescindibili dal contesto culturale in cui si sviluppano, omo o etero che siano;39 inoltre, che le omosessualità non siano praticate nel mondo animale non umano non corrisponde al vero.40 Venendo all'idea «forte» per cui, dato che mancano di finalità riproduttive, le omosessualità non meritano gli stessi diritti delle eterosessualità,

liquidiamo «se tutti fossero omosessuali...» come un nonsense, al pari di «se tutti fossero preti cattolici, la specie umana si estinguerebbe». Di più: non tutti sono omosessuali, e non solo molti omosessuali hanno figli, ma molti altri desiderano averne. Secondo il sociologo Marzio Barbagli, il tabù del cattolicesimo nei confronti degli omosessuali è la pratica sessuale a fini non riproduttivi. Una morale sessuale che si è creata duemila anni fa, in una società in cui i tassi di mortalità erano molto alti e la fecondità un valore. Oggi, chiaramente, non è più così: tant'è che la sessualità non riproduttiva è diffusa e accettata anche tra gli eterosessuali. Ciò non toglie che nella coppia omosessuale la separazione tra sessualità e riproduttività è netta, e questo contrasta con l'etica sessuale della Chiesa. Un'etica certamente statica.⁴¹ Gli evoluzionisti ci spiegano perché le omosessualità non sono scomparse, a dispetto della loro scarsa valenza procreativa: non tanto per la loro funzione, come riduttivamente suggerito, di «equilibratore demografico», quanto per la tendenza umana a stabilire legami affettivi, funzionali sì, ma non unicamente rivolti, alla riproduzione biologica. Inoltre, anche quando spinta riproduttiva e orientamento sessuale non risultano «allineati», il desiderio di maternità e paternità riesce a realizzarsi: esiste sessualità senza procreazione, esiste genitorialità senza procreazione. Tra riproduttività e amore non vi è un'interdipendenza obbligatoria, mentre lo sviluppo dell'individuo e delle sue relazioni si basa su una molteplicità di sistemi motivazionali (sessuale, di formazione e mantenimento della coppia, attaccamento, accudimento, competizione, cooperazione) che si intersecano variamente nel corso dei rapporti interpersonali, relazioni amorose incluse. Detto questo, chi considera le omosessualità contro natura, è di solito più portato a letture creazioniste, e spetta quindi a lui/lei il compito di trovare un posto agli omosessuali nel disegno intelligente.

Alla base di molti atteggiamenti omofobici si situa il timore di essere identificati e/o etichettati come omosessuali. La convinzione implicita è che, esprimendo punti di vista e atteggiamenti antiomosessuali, oltre a esternare pensieri riguardo agli omosessuali, l'omofobo «segnala» la propria distanza dalla categoria in questione e riafferma la propria posizione eterosessuale nella dimensione eteronormativa approvata da gran parte della società. L'«identità» eterosessuale, infatti, viene «assegnata» prima ancora che l'individuo

sia al mondo, lo spazio per le sessualità viene occupato da un'eterosessualità «data per scontata».42

Volendo rintracciare le radici più archetipiche dell'avversione nei confronti degli omosessuali, all'ipotesi del disgusto vanno affiancate quelle della paura insensata di un mondo che cessa di riprodursi (come se gay e lesbiche non fossero potenzialmente fecondi, né, di fatto, madri e padri), del turbamento causato dalle «sovversioni» di genere (già descritte dall'ultimo Freud)⁴⁵ evocatrici di «passività» maschile e «attività» femminile, della rimozione/negazione delle proprie propensioni omosessuali, nonché della paura trasformata in odio per quanto si percepisce diverso e/o straniero - fuori o dentro di sé. A queste radici, spesso un tutt'uno col terreno antropologico in cui si diramano, si aggiungono formazioni più recenti, tentativi disgraziati di fronteggiare/negare l'aumentata visibilità delle cittadinanze omosessuali. Tentativi di opporsi alla storia, negando parole ormai pronunciate⁴⁴ e leggi già promulgate in un Occidente che, direbbe Nussbaum, sta cercando di passare dalla politica del disgusto a quella dell'umanità.

Ma forse proprio qui si situa il problema. Se, in passato, lo «scandalo» era la «devianza» omosessuale, oggi ciò che preoccupa e spaventa, fino al rancore, è la possibilità di «normalità omosessuali» e della loro realizzazione affettiva e familiare. Quando cerchiamo «le radici delle omofobie» in quest'arco che unisce diversità e uguaglianza, capiamo perché l'avversione contro gli omosessuali ha raramente visto tregua, esprimendosi in modi diversi, a seconda del momento storico. Una volta riconosciuti, e dunque colpevoli della loro visibilità, gli omosessuali sono stati bruciati, rinchiusi, mandati al confino, torturati nei campi di concentramento. Oggi, si dirà, di cosa si lamentano? Sono celebrati da cinema e letteratura, a capo di multinazionali, potenti costruttori di estetiche di massa, padroni di riviste, di locali, perfino di strade, del suolo «pubblico», esponenti politici, artisti, registi, scrittori, protagonisti del gay-chic e del lesbo-chic. Tutto questo non attenua l'odio, anzi lo fomenta, perlomeno in un'Italia caratterizzata da degrado progressivo dell'istruzione, dominio mediatico, forte insicurezza economica e occupazionale, ingiustizia sociale. In un'Italia così ferita, rabbie e frustrazioni imboccano una strada comoda: prendersela con chi

nell'immaginario collettivo incarna la «debolezza», oltre che la «diversità».45

Le indagini psicologiche sembrano confermare che una componente importante delle omofobie (quella sociale o quella interiorizzata dalle stesse persone omosessuali) si connette alla preoccupazione per un disordine, qualcosa di «fuori posto», una sorta di disagio all'idea (errata) che le omosessualità implicino qualcosa di «femminile» negli uomini e di «maschile» nelle donne. Errata, eppure sostenuta da società che esprimono il proprio autoritarismo sulle sessualità, costringendole entro i rigidi schemi di eterosessualità in cui gli uomini devono incarnare la mascolinità e le donne la femminilità. Non si è «veri» uomini e «vere» donne se non si rispecchiano i pregiudizi sulle differenze, a partire da quelle sessuali, utili per confinare i desideri sessuali ai rapporti eterosessuali.46 Un fondamento psichico delle omofobie consiste così in una polarizzazione difensiva delle differenze e dei ruoli di genere, che conduce a temere e disprezzare i fantasmi di passività e dipendenza nel «sesso forte» e di attività e autosufficienza nel «sesso debole». Si tratta di una difesa primitiva, ancorata a una concezione ingenua dell'anatomia e della scena dell'accoppiamento - ma efficace al fine di lasciare le cose «al loro posto».47 Una donna che ama un'altra donna stravolge la regola patriarcale per cui è il rapporto con il pene che la penetra e la feconda a offrirle la possibilità di essere «completa». E una donna che tradisce il suo «destino» di madre e di moglie.48 Un uomo che ama un altro uomo stravolge la regola matriarcale per cui è il rapporto con la vagina penetrata e fecondata a offrirgli la possibilità di essere «completo». È un uomo che rinnega il suo «destino» di padre e marito .

«Abbiamo spesso l'impressione» scrive Sigmund Freud «che con il desiderio del pene e con la protesta virile, dopo aver attraversato tutte le stratificazioni psicologiche, siamo giunti alla roccia basilare e, quindi, al termine della nostra attività. Ed è probabile che sia così, giacché, per il campo psichico, quello biologico svolge veramente la funzione di una roccia basilare sottostante» (p. 535). Roccia basilare che nelle donne sarebbe rappresentata dall'invidia del pene (quindi da una sostanziale condanna all'incompletezza e da un rifiuto della femminilità) e negli uomini dall'ansia di castrazione e dalla conseguente «ribellione contro la propria impostazione passiva o femminea nei riguardi dell'altro

uomo» (e, anche in questo caso, da un rifiuto della femminilità).⁴⁹ «Un'occhiata lanciata da un maschio è vissuta come contaminante perché implica un "tu puoi essere penetrato", scrive Nussbaum (p. 88) rivelando un elemento nodale delle omofobie: l'omosessualità rimossa. Non è dunque solo il disgusto evocato dalla presenza, anche nel corpo maschile, di feci e sangue (e dell'immissibilità in esso dello sperma), ma sono anche le angosce paranoide⁵⁰ connesse ai temi della passività e della mobilità del confine corporeo. È il corpo, soprattutto il corpo maschile, non i corpi, uno dei protagonisti dell'offensiva omofobica: il corpo che secerne e riceve, che guarda ed è guardato, desidera ed è desiderato. Il corpo organico che inevitabilmente deperisce. Consideriamo il tema centrale del disgusto negli Stati Uniti di oggi: la repulsione provata dagli uomini nei confronti degli omosessuali di sesso maschile. Le omosessuali donne possono essere oggetto di paura, d'indignazione morale o di generale preoccupazione, ma sono meno spesso oggetto di disgusto. Analogamente le donne eterosessuali possono provare sentimenti negativi verso i gay - ovvero paura, indignazione morale, inquietudine - ma, anche qui, raramente avvertono un'emozione di disgusto. Ciò che ispira disgusto è tipicamente il pensiero maschile dell'omosessuale uomo, in quanto analmente penetrabile. Il pensiero del seme e delle feci che si mischiano all'interno del corpo di un uomo è una delle idee più disgustose che si possano immaginare agli occhi di quei maschi per cui l'idea della non penetrabilità costituisce un confine sacro che protegge dalla sporcizia, dal fango e dalla morte [...]. Tanto il disgusto misogino che quello omofobico hanno profonde radici nell'ambivalenza (specialmente maschile) nei confronti delle produzioni corporee e dei legami di queste con la vulnerabilità e la morte». ⁵¹

Nussbaum attribuisce una particolare importanza al rapporto tra animalità, disgusto, mortalità. Basandosi su studi di psicologia cognitiva e contributi di derivazione psicoanalitica, vede nel contenuto cognitivo dell'emozione del disgusto un tentativo «irrazionale» di sottrarsi alla contaminazione e alla natura animale dell'umano: La vergogna e il disgusto sono diversi dalla rabbia e dalla paura, nel senso che sono emozioni particolarmente soggette a una distorsione normativa e che, quindi, sono inaffidabili e inappropriate a fare da guida a una pratica pubblica, proprio a causa dei tratti specifici della

loro struttura interna [...]. Il disgusto è molto diverso dalla rabbia, nel senso che il suo contenuto di pensiero è tipicamente irragionevole, poiché porta in sé idee magiche di contaminazione, impossibili aspirazioni di purezza, immortalità e non animalità, idee e aspirazioni in aperta discrepanza con la vita umana così come la conosciamo.

Questo non significa che il disgusto non svolga un ruolo valido nella nostra evoluzione: è molto probabile, infatti, che sia stato così. Né significa che esso non eserciti una funzione utile nella nostra vita quotidiana; come è molto probabile che accada. Forse, persino la funzione di nascondere ai nostri occhi alcuni aspetti problematici della nostra umanità è utile; non potremmo vivere facilmente con una coscienza troppo viva del fatto di essere composti di sostanze vischiose e melmose che andranno in decomposizione fin troppo presto. Nondimeno, sosterrò che una comprensione chiara del contenuto di pensiero del disgusto dovrebbe renderci scettici circa l'opportunità di basarci su di esso per la costruzione di una legge [...]. A mio parere, il ruolo valido del disgusto nel diritto è limitato ad aree specifiche quali la legislazione sulla turbativa, circoscrivendolo a quei casi in cui sembra legittimo permettere che sia l'offesa, e non unicamente il danno, a svolgere un ruolo guida.⁵² È interessante ricordare che il disgusto possiede un contenuto cognitivo complesso, focalizzato sull'idea della contaminazione. Questa la definizione centrale di disgusto formulata da Rozin: Repulsione all'idea dell'incorporazione (orale) di un oggetto nauseabondo. Gli oggetti nauseabondi sono contaminanti; vale a dire, se entrano anche solo brevemente in contatto con un cibo apprezzato tendono a rendere quel cibo inaccettabile.⁵³ Del resto, Winfried Menninghaus indica nel disgusto una «crisi di autoaffermazione contro un'alterità inassimilabile», descrivendolo come il ripudio di una «vicinanza non voluta», in cui un certo oggetto è «considerato una fonte di contaminazione violentemente allontanato dal proprio sé».⁵⁴ Conclude Nussbaum: Gli oggetti del disgusto devono essere considerati come contaminanti, e non semplicemente inadeguati a essere ingeriti [...]. Il disgusto concerne in realtà i limiti del corpo: si concentra sull'idea che una sostanza problematica possa essere incorporata dentro di sé.⁵⁵

Appoggiandosi al lavoro di ricercatori nel campo della psicologia (in particolare Angyal, Rozin, Miller), e su un'ampia letteratura (da Sander

Gilman a Hans Mayer, da Gerog Mosse a Klaus Theweleit),⁵⁶ Nussbaum indica nel disgusto (proiettivo) l'arma potente per emarginare certi gruppi immaginati e costruiti quali incarnazioni dell'angoscia circa la propria animalità: Il desiderio di isolarci dalla nostra animalità è talmente potente che spesso il nostro disgusto non si limita a feci, scarafaggi e animali repellenti. Abbiamo bisogno di un gruppo umano contro il quale schierarci che giunga a incarnare la linea di confine tra la vera animalità e la vile animalità. Se questi esseri semi-animali si frappongono tra noi e la nostra animalità, allora noi ci sentiamo un po' più lontani dalla condizione animale e dalla moralità. Così nel corso della storia, alcuni aspetti del disgusto - la viscidità, il cattivo odore, la sporcizia, la decomposizione, l'indecenza - sono stati ripetutamente quanto monotonamente associati a certi gruppi e, in realtà, proiettati su gruppi umani rispetto ai quali i gruppi privilegiati hanno tentato di definire una propria condizione di superiorità. Gli ebrei, le donne, gli omosessuali, gli intoccabili, i ceti poveri, tutti questi gruppi di persone vengono immaginati come esseri corrotti dalla sporcizia del corpo.⁵⁷

L'illusoria convinzione di possedere una condizione di purezza scatena la fantasia aggressiva contro l'ipotetica altrui impurità. Nussbaum vuole insomma mostrare come il disgusto distorca il discorso pubblico in modi illiberali e ciò sia spesso alla radice di formulazioni giuridiche repressive, nonché dell'emarginazione/sottomissione di interi gruppi sociali. Ne segue che i valori democratici dell'eguaglianza, dell'equità, della libertà ne escono traditi proprio quando ci si appella al disgusto nell'ambito della legge e della politica. Da una parte, occorre sposare il motto agostiniano *lex iniusta non est lex*, dall'altra, *inter faeces et urinam nascimur* ci spinge a relativizzare al contesto culturale nordamericano la preoccupazione per il disgusto e le sue conseguenze, e a cercare in altri luoghi psichici e sociali le radici delle omofobie. La celebre frase, secondo alcuni di Agostino stesso, secondo alcuni di Bernardo di Chiaravalle, viene ripresa da Freud per raccontare le vicissitudini di una sessualità «civilizzata» o «nevrotica» che si difende dalla sua potenza animale, olfatto compreso: Col portamento eretto e con la svalutazione del senso dell'olfatto, l'intera sessualità, non solo l'erotismo anale, minacciò di soccombere alla rimozione organica, e così da allora alla funzione

sessuale si accompagna una ripugnanza, inspiegabile ulteriormente, la quale impedisce un soddisfacimento completo e distoglie alla meta sessuale favorendo sublimazioni e spostamenti libidici [...]. Tutti i nevrotici, e molti oltre a loro, si scandalizzano del fatto che inter faeces et urinam nascimur?*. Quanto al problema della contaminazione della purezza nordamericana, lo stesso Freud, nel celebre viaggio del 1909 in compagnia di Carl Gustav Jung e Sándor Ferenczi, lo aveva individuato: «Non sanno che portiamo loro la peste».59 In quel caso si trattava della psicoanalisi .

Being Martha Nussbaum

Nussbaum dedica Disgusto e umanità a un vecchio amico, Herbert Foster: Ho conosciuto Herb a sedici anni [...] è stato il primo gay che ero consapevole di conoscere [...]. Facevamo coppia nella scena del ballo in *My Fair Lady* [...]. Mi presi una gran cotta per Herb, semplicemente perché sembrava (ed era) molto più gentile della maggior parte degli altri uomini in circolazione [...]. Quando mi resi conto che era gay e conobbi il suo partner, che veniva a trovarlo da New York, rimasi delusa, ma cominciai anche a riflettere. Pensai a quanto fosse strano che la persona più piacevole di quell'ambiente dovesse vivere in una posizione di quasi segretezza, almeno al di fuori del «piccolo mondo» del teatro [...]. Sarebbe stato bello se questi due uomini, che si erano scambiati gli anelli con gli stemmi delle loro scuole in segno di un qualche tipo di impegno, potessero di fatto fare ciò che gli uomini eterosessuali intorno a loro, per quanto egoisti, aggressivi o insensibili, potevano fare ogni giorno. Così ci pensai a lungo, anche se io e Herb non ne parlammo mai, per rendermi conto in seguito che lui non immaginava che sapessi che fosse gay. Nel 2008, dopo aver letto della sua carriera su Internet, gli scrissi una lettera in cui gli dicevo che lo ricordavo con piacere e gli raccontavo un po' del mio lavoro, compreso quello sui diritti degli omosessuali. Lui rispose con una lettera molto affettuosa e mi disse che era gay (confermando quindi l'idea che il processo di coming out non finisce mai, visto che in questo caso ci erano voluti 44 anni). Aveva lasciato il suo vecchio partner da molto tempo, ma, per molti anni, mi disse, aveva avuto, e tuttora aveva,

una relazione seria e felice con qualcun altro. Poiché vivono a New York, città che ha deciso di riconoscere le unioni omosessuali legalmente contratte altrove, hanno ora l'opportunità che immaginavo nel 1964. Non mi interessa più di tanto se la colgano o meno, questa è una questione profondamente personale e io stessa ho sentimenti contrastanti in proposito [...]. Ma mi interessa che abbiano la stessa «possibilità» di altri. La politica dell'eguale rispetto già include quell'eguaglianza di diritti fondamentali e opportunità. Per realizzarla, tuttavia, dobbiamo prima imparare a pensare l'uno all'altro con simpatia e immaginazione, ed è per questo che abbiamo bisogno di qualcosa di più ampio e profondo: la politica dell'umanità, (p. 73)

Queste apparizioni «private» nell'organizzato sistema pubblico di Nussbaum non sono nuove. Comprese alcune azioni personali e politiche, quali la passione giovanile per i ruoli teatrali di Robespierre e Giovanna d'Arco, la conversione all'ebraismo,⁶⁰ la scelta di mantenere il cognome del marito (il classicista Alan Nussbaum) dopo il divorzio, le polemiche pubbliche con Allan Bloom e Judith Butler. O ancora, sul tema dei diritti, la risposta secca a una giornalista: «Se pensassi di risposarmi, mi porrei il problema di trarre vantaggio da un privilegio a cui una coppia dello stesso sesso non potrebbe avere accesso».⁶¹ Conseguenza pratica, quasi inevitabile, degli interessi teorici per la giustizia e per l'etica dello sviluppo, in relazione a certi soggetti discriminati, *Disgusto e umanità*, rispetto ad altri volumi di Nussbaum, risulta meno accademico, accessibile ai non addetti ai lavori, immediatamente impegnato nella causa sociale. Un volume che difende i diritti dei cittadini omosessuali, argomentando contro la «politica del disgusto», su cui si ergono leggi discriminatorie, a favore della «politica dell'umanità», basata su immaginazione, rispetto, simpatia, umanità qui intesa, in conformità con Adam Smith, quale capacità di lasciarsi coinvolgere in modo generoso e aperto nelle sofferenze e speranze delle altre persone. Un volume ambizioso che, per i grandi temi coinvolti, è opportuno appoggiare a precedenti lavori di Nussbaum: il punto di vista sul significato dell'esistenza viene ben esplicitato nella *Fragilità del bene*;⁶² i concetti di disgusto e umanità si trovano approfonditi in *Coltivare l'umanità*⁶³ e in *Nascondere l'umanità*, mentre la sua teoria delle emozioni è articolata

nell'Intelligenza delle emozioni,⁶⁴ Le connessioni con i più recenti Non per profitto e Creating Capabilities risultano evidenti.⁶⁵

In Disgusto e umanità l'approccio anticompatitivo comporta l'assenza di alcuni riferimenti, peraltro significativi. Uno fra tutti Michel Foucault, che ha esplorato territori per certi versi simili a quelli cari a Nussbaum, in particolare il rapporto tra sessualità e potere, nonché l'etica del mondo antico riguardo all'eros e alle sessualità. Forse l'assenza si deve a un'esplicita antipatia per alcune correnti di pensiero: se Nussbaum si è espressa contro il decostruzionismo di Derrida,⁶⁶ riconosce invece a Foucault «l'unica opera veramente importante che ha attraversato la filosofia sotto le effigi del postmoderno»,⁶⁷ pur rimproverandogli, a torto o a ragione, «incompletezza storica e mancanza di chiarezza» e «scarso interesse per la diversità individuale». ⁶⁸

Al contrario, il riferimento a John Stuart Mill è continuo. Stando a Mill, che a venticinque anni finì in prigione per aver distribuito informazioni sulle pratiche contraccettive negli slums di Londra, ogni individuo deve essere posto nelle condizioni di sviluppare se stesso allo scopo di conseguire la felicità. Dato il carattere fondamentale di questo sviluppo, la libertà si trasforma nel principale diritto umano, e di conseguenza civile. Più in concreto: «Il principio è che l'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire sulla libertà d'azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi». ⁶⁹

Ciò risulta imprescindibile nella ricerca del proprio benessere, se non altro perché, oltre a concedere a ognuno di coltivare i propri interessi, a beneficio di se stesso e degli altri, garantisce libertà etica congiunta a razionalità. Applicando il discorso alle omosessualità, ne segue che occorre coltivare il proprio orientamento. Milliana in questo senso è l'affermazione di Nussbaum per cui rispettare i propri concittadini come eguali richiede, secondo una tradizione consolidata, vederli in quanto persone che compiono scelte e si pongono domande, e che hanno bisogno di un'ampia area di libertà intorno a sé, sia che usino quella libertà bene, sia che la usino male (nella misura in cui non calpestano i diritti degli altri). Molte persone percepiscono l'orientamento sessuale in modo analogo: come una caratteristica intimamente legata alla ricerca individuale di una vita dotata di senso, e quindi come qualcosa la cui limitazione o restrizione giuridica infligge

un profondo danno psichico. L'eguale rispetto per tutti i cittadini, secondo molti, vieta di infliggere tale danno a coloro che cercano semplicemente di agire in base ai propri desideri senza violare i diritti degli altri, (pp. 67-68) Sul tema del danno psichico torneremo tra poco. Prima è interessante notare come Nussbaum sviluppi, a partire da questa osservazione, una suggestiva quanto azzardata analogia tra libertà di sesso e libertà di culto:⁷⁰ Pochissimi americani oggi pensano che la felicità sessuale sia una questione secondaria. Per molti, se non quasi tutti, si tratta di una componente centrale della ricerca del significato dell'esistenza. Anche se il sesso per molti aspetti è diverso dalla religione, con essa ha in comune il fatto di essere intimamente personale, congiunto al senso ultimo della vita, e decisamente non secondario.

Come la religione, sembra essere qualcosa in cui l'autenticità, o il coinvolgimento della coscienza, svolge un ruolo cruciale. Riteniamo che esso vada al cuore dell'autodefinizione degli individui, della ricerca di identità ed espressione di sé. (p. 101) La religione costituisce una buona analogia sulla quale riflettere, perché ci ricorda che possiamo pensare che altre persone siano nell'errore e nel peccato in materie della più profonda importanza morale, e tuttavia ritenere che rispettare quegli individui come eguali cittadini imponga di riconoscere loro un'ampia sfera di libertà di pensiero e di azione. Questa analogia ci suggerisce [...] di non stabilire un'ortodossia che ponga alcuni cittadini al di sopra degli altri, (p. 102) Di più. Sempre in una prospettiva milliana, l'individuo è libero e responsabile in virtù del fatto che le sue credenze e azioni non sono conformiste, né si accordano ineluttabilmente con quanto stabilito da qualche autorità. Le scelte omosessuali rispecchiano tale prospettiva, specie quando l'omosessuale riflette consapevolmente su se stesso, riflessione che lo renderà non solo più felice, ma contribuirà all'altrui felicità. Impedendo la felicità agli omosessuali, leggi discriminatorie e omofobie non concorrono al benessere generale e vanno di conseguenza contro l'etica. Per la Corte Suprema degli Stati Uniti (*Loving v Virginia*, 1967), qui senz'altro milliana, «la libertà di sposarsi è stata da tempo riconosciuta tra i diritti fondamentali della persona, libertà essenziale per la legittima ricerca della felicità», (p. 163)

Nel testo di Nussbaum ricorre un caposaldo della filosofia milliana: il diritto civile deve garantire la libertà di compiere le azioni che desideriamo (pratiche omosessuali quindi incluse), senza che altri interferiscano, senza che altri siano autorizzati all'intrusione, sempre che esse non danneggino questi ultimi. Mill non concede che tra i danni si annoveri l'offesa all'altrui sensibilità morale, dato che disgusto e ripugnanza vengono confusi con la disapprovazione etica, e abborisce la teoria del «pubblico sentimento» a favore di quella della «scelta personale» (public sentiment vs personal choice): i comportamenti che riguardano solo gli interessi di chi vi partecipa (self-regarding conducts vs other-regarding conducts) non sono mai un oggetto appropriato di legislazione .

Affetti, diritti, matrimoni

Vi sono affetti e legami migliori di altri? Nussbaum ci fa notare che la legge non vieta il matrimonio ad assassini, ergastolani, mafiosi, purché eterosessuali. Un diritto negato in Italia a gay e lesbiche, poco importa se cittadini virtuosi. Peggio: la loro inclusione negli «aventi diritto» guasterebbe la purezza del sacramento e deprezzerebbe il senso civile del vincolo. Ancora una volta è il disgusto a dettar legge: L'unica distinzione tra gli eterosessuali immeritevoli e l'insieme dei gay e delle lesbiche che possa spiegare la diversa reazione di molta gente è che le pratiche sessuali dei primi non disgustano la maggioranza, mentre quelle dei secondi sì. Il ragionamento, evidentemente, è quello per cui associare il matrimonio tradizionale ai comportamenti sessuali delle coppie dello stesso sesso significherebbe svilirlo o contaminarlo, proprio come mangiare cibo servito da un dalit in India era considerato da molti un atto che contaminava il corpo della casta superiore. (p. 180)

Le relazioni omosessuali esistono da quando esiste il mondo. Non le idee di pari diritti, doveri, opportunità, cittadinanza, regolamentazione sociale e giuridica, con le relative ripercussioni di queste sull'identità psicologica e sulla fisionomia del desiderio. Cavalcando la convinzione foucaultiana per cui ogni società regola le sessualità, stando ad alcuni intellettuali, come Daniel Harris e Michael Warner,⁷¹ l'inserimento delle culture gay e lesbiche nel mainstream potrebbe

rapidamente erodere il senso di minoranza distinta e destabilizzante: l'essere «invisibilmente visibili» salverebbe invece dai rischi dell'identificazione di massa. Inoltre, se puoi essere identificato, puoi essere disciplinato. Dunque, il problema non sarebbe tanto il divieto di accesso degli omosessuali al matrimonio, quanto il loro desiderio di matrimonio: gli omosessuali scimmiotterebbero la norma eterosessuale e di fatto riconoscerebbero il patriarcato, fondatore dell'istituto matrimoniale, consegnandosi a una condizione coniugale che addomestica e normalizza. L'aspettativa che lo Stato riconosca legittimità giuridica alle coppie omosessuali trova insomma vari critici: non solo nell'area cattolico-conservatrice, ma anche in quella, potremmo dire, anarchico-radicale che si oppone all'idea di un nucleo familiare a fondamento del resto. Dibattito interessante, dentro il quale Nussbaum, pragmaticamente, non si avventura. La sua posizione è prevedibile (quanto a noi, condivisibile): per condurre un'esistenza degna, la condizione minima è disporre di libertà di scelta. Dovrebbe ammetterlo pure chi ha in antipatia il matrimonio. Come scrive Piergiorgio Paterlini:⁷² Io sono contrario al matrimonio. Omosessuale o eterosessuale. Civile o religioso. Ma proprio per questo non vedo l'ora che gli omosessuali possano sposarsi. Perché solo allora sarò libero di condurre la mia battaglia culturale e ideale. Oggi il loro nondiritto mi toglie il diritto di parola. Non posso combattere, nemmeno sul piano delle idee, una cosa che a qualcuno è ingiustamente negata .

Insomma non si tratta di perorare la causa del matrimonio (ognuno organizzi e custodisca i propri affetti come meglio crede), bensì la causa dell'eguaglianza di tutti i cittadini davanti allo Stato. La domanda che ci preme è «puoi sposarmi?», non «vuoi sposarmi?». Il desiderio di disporre del «dono ambivalente della legittimazione», come lo chiama Butler,⁷³ serve a tutelare un diritto, non a sancire un obbligo. Ponendo un problema ineludibile per la democrazia: la legge deve riflettere i valori di alcuni, o garantire, nel rispetto reciproco, la pluralità dei valori di tutti? Può reggere, sul piano del diritto, la distinzione etero/omo?⁷⁴ Rimane da capire cos'è il matrimonio. Una legittimazione statale, oppure religiosa? Nussbaum non trova le due possibilità esclusive; pare anzi propendere a volte per l'uscita di scena dello Stato a favore di matrimoni sanciti da cerimonie religiose e/o sostituiti dalle unioni

civili. Tuttavia, le norme che regolano i riti e le officiazioni variano considerevolmente da cultura a cultura, mentre l'ideale contemporaneo e occidentale del matrimonio fondato sull'amore (amore inteso come unione, valore, emozione complessa) è acquisizione recente. Nel corso dei secoli, in Occidente, il matrimonio svolge, per il resto, una funzione economica e politica al fine di creare legami, controllare eredità, ripartire mansioni lavorative.⁷⁵

Anche con ciò occorre confrontarsi, al cospetto della domanda «A Right to Marry?» («Un diritto al matrimonio?»). Di più. Nell'ipotesi che si dia una definizione di matrimonio, questa corre almeno due rischi: di risultare circolare, in quanto si rivolge al concetto di sposi per chiarire quello di matrimonio e al concetto di matrimonio per chiarire quello di sposi; di dirci qualcosa, mettendo però in discussione qualcos'altro: tutte quelle leggi che vietano il matrimonio agli omosessuali sono discutibili, imponendoci di chiederci che cos'è la legge, quali sono le emozioni, oltre che le ragioni, che la condizionano e regolano, quali limiti occorre imporre a essa. È questo un punto chiaro in Disgusto e umanità .

In realtà, si sono date e si danno molteplici pratiche di diritto matrimoniale, tali da suggerirci che non esista un'unica definizione. Perché non seguire allora Ludwig Wittgenstein, stando al quale l'applicazione di diversi termini è regolata solo da «somiglianze di famiglia»? A proposito dei giochi, egli scrive: «Considera, ad esempio, i processi che chiamiamo "giuochi". Intendo giuochi da scacchiera, giuochi di carte, giuochi di palla, gare sportive, e via scorrendo. Che cosa è comune a tutti questi giuochi? [...] se li osservi, non vedrai certamente qualche cosa che sia comune a tutti, ma vedrai somiglianze, parentele, e anzi ne vedrai tutta una serie».⁷⁶ Se si accetta che, al pari dei giochi, i vari matrimoni sono accomunati da somiglianze di famiglia, diventa difficile escludere gli omosessuali da un matrimonio, che non deve presentare le medesime caratteristiche di altri, bensì solo una serie di parentele .

Di solito, gli argomenti a favore dei matrimoni omosessuali non si appellano a Wittgenstein, ma invocano, come fa Nussbaum, princìpi liberali, quali quello di eguaglianza, pari opportunità, rispetto: il matrimonio ratifica legalmente un rapporto d'amore, comunque una relazione intima, e, di conseguenza, alle coppie omosessuali spetta

questo diritto. In proposito, occorre evidenziare tre aspetti: il diritto civile (come organizzatore della vita sociale e presa di posizione pubblica dello Stato rispetto a due cittadini), il contenuto espressivo (come affermazione di amore e investimento reciproco di fronte a un testimone), il significato religioso. Pur cogliendo le diverse declinazioni del matrimonio (fino ad avventurarsi nel dibattito su poligamia e poliandria), Nussbaum afferma che, finché è lo Stato a detenerne il «business», il matrimonio deve costituire una garanzia per tutti. Nel caso in cui lo Stato si ritirasse, lasciando la dimensione espressiva al contesto religioso o al gruppo privato, e limitandosi al riconoscimento dei diritti civili, si potrebbe forse abolire il «matrimonio di Stato» .

Nussbaum prende in esame, per respingerle, le «ragioni» di quella moral majority che si oppone al matrimonio omosessuale, impiegando concetti/preconcetti su cui ci siamo in parte già soffermati: a) è immorale. Lo è per una morale in errore, in quanto fondata sul pregiudizio, oppure per morali incoerenti per cui il matrimonio deve includere la procreazione «naturale»,⁷⁷ ma viene accordato a coppie eterosessuali impossibilitate, per varie ragioni, a riprodursi; b) non è finalizzato alla procreazione e alla crescita della prole. A prescindere dal fatto che molti matrimoni omosessuali prevedono filiazioni biologiche o adottive, il matrimonio è irriducibile a una mera unione biologica, a meno di non banalizzare e ridicolizzare il suo valore; c) è innaturale. Ma cosa c'è di naturale nel matrimonio? Poco, forse nulla, come nella stessa sessualità umana, nelle sue varie manifestazioni, dalle tante declinazioni culturali, che dal «naturale» si discostano; d) se lo Stato ratifica i matrimoni omosessuali costringe chi li trova abominevoli a «riconoscerli», quindi reca un'offesa all'individuo in questione. Ma può un'«offesa» soggettiva tradursi in una limitazione giuridica del diritto di un altro? Basti qui ricordare che la stessa domanda era sollevata, nell'America degli anni cinquanta, dagli oppositori dei matrimoni interrazziali; e) il matrimonio «tradizionale» è un'istituzione/sacramento già in crisi, che uscirebbe ulteriormente svilito dall'approvazione dei matrimoni omosessuali. Se quest'ultimi portassero invece un valore aggiunto? Ritenere il contrario e pensare che i matrimoni omosessuali impoveriscano il matrimonio in sé significa considerare gay e lesbiche persone inferiori e indegne, addirittura non persone. Eccoci di nuovo nel territorio del disgusto:

«Nulla, se non un'idea arcaica di stigma e contaminazione, può spiegare il sentimento diffuso che il matrimonio gay possa svalutare e contaminare quello eterosessuale, mentre lo stesso non accadrebbe per il matrimonio tra eterosessuali immorali e peccaminosi», (p. 180)

Le «ragioni» contro i matrimoni omosessuali, conclude Nussbaum, non risultano particolarmente cogenti. Invece, «l'argomento a favore del matrimonio gay è molto semplice: se due persone vogliono stringere un legame di tipo coniugale, dovrebbero essere autorizzate a farlo, ed escludere una classe di cittadini dai benefici e dalla dignità associati a quel legame significa umiliarli e offendere la loro dignità» (p. 181). In alternativa ci si potrebbe esprimere con le parole di Chesire Calhoun: «Essere idonei al matrimonio è intimamente legato alla nostra concezione culturale di cosa significhi essere un cittadino [...] dal momento che il matrimonio è culturalmente pensato come qualcosa che gioca un ruolo unicamente fondazionale nel consolidamento della società civile».78

Se l'idea che gli omosessuali possano sposarsi incontra molte resistenze, quella per cui possono essere ottimi genitori scatena un coro di indignazione: che la legge, allora, decreti la solitudine sociale delle persone gay e lesbiche e le interdicca dalla possibilità di costruire una famiglia.79 «Sebbene siano numerose le opinioni espresse a favore della richiesta dei gay e delle lesbiche italiane di contrarre matrimonio» scrive Francesco Bilotta80 «la maggior parte dei pareri contrari si basa principalmente su un argomento: l'istituto matrimoniale non può essere esteso alle coppie dello stesso sesso, perché la famiglia è il luogo dell'esercizio delle prerogative genitoriali. Ed è impensabile per coloro che partano da siffatte premesse che due uomini o due donne possano essere considerati una coppia genitoriale. In altri termini, è per il bene dei/delle minori che bisogna impedire il riconoscimento giuridico delle famiglie formate da persone dello stesso sesso. Perché? Viene da chiedersi spontaneamente. In genere, la risposta è: perché da che mondo è mondo ci vogliono un padre e una madre per far crescere serenamente un/a bambino/a.81

Se a quanti esprimono un siffatto punto di vista si fa presente che esistono numerosissime ricerche, per lo più effettuate all'estero, che smentiscono tale opinione, ammettono candidamente di non conoscerle e comunque rimangono convinti delle loro idee. In una sorta di

irrazionale difesa del loro punto di vista rimuovono radicalmente il problema. Insomma, anche se è dal fatto che dovrebbe nascere il diritto - come insegna un antico brocardo - nel caso che ci occupa si potrebbe dire che il diritto è piuttosto figlio dell'ideologia, ossia della propria visione del mondo, che pretende di conformare la società in un'ottica eterosessista. Si dà voce, in altri termini, a un pregiudizio.» Il coro obietta alle omogenitorialità con i soliti pregiudizi: le coppie omosessuali sono contro natura e, nel desiderare un figlio, non si confrontano coi limiti imposti dalla natura; famiglia vuol dire padre (maschio) e madre (femmina); gay e lesbiche non sono in grado di crescere alcuna prole e mancano d'istinti materni e paterni; le relazioni omosessuali, poco stabili rispetto a quelle eterosessuali, non offrono garanzie di continuità familiare; i figli di omosessuali presentano maggiori problemi psicologici, nonché una probabilità superiore di diventare a loro volta omosessuali. Questi pregiudizi vengono smentiti categoricamente dalla comunità scientifica: «Nell'interesse di mantenere e promuovere la salute mentale, l'American Psychiatric Association sostiene il riconoscimento legale del matrimonio civile omosessuale con tutti i benefici, diritti e responsabilità conferiti dal matrimonio civile, e si oppone a ogni forma di restrizione di tali diritti, benefici e responsabilità».82 Per l'American Psychoanalytic Association, è «nell'interesse del bambino [...] sviluppare un attaccamento verso genitori coinvolti, competenti e capaci di cure. La valutazione di queste qualità genitoriali dovrebbe essere determinata senza pregiudizi rispetto all'orientamento sessuale».83 In sostanza: «Adulti coscienti e capaci di fornire cure, che siano uomini o donne, eterosessuali o omosessuali, possono essere ottimi genitori».84

Minority stress e omofobie interiorizzate L'interiorizzazione dello stigma sessuale infesta spesso la psiche delle persone omosessuali: autodisprezzo, sensazione strisciante di «non avere le carte in regola», vergogna. L'omofobia interiorizzata riguarda innanzitutto la concezione di sé, al punto che può iniziare a svilupparsi prima ancora che il soggetto diventi consapevole della propria sessualità. Incomincia con la sensazione di essere diverso, ma di una diversità sbagliata, da mantenere segreta, perché, al contrario della «diversità» etnica e religiosa, quando si rientra a casa non si è come la propria famiglia, come la propria comunità.

L'omofobia interiorizzata rappresenta la dimensione più soggettiva del minority stress. Le altre due sono lo stigma percepito e le esperienze vissute di discriminazione e violenza. Quest'ultima è la più oggettiva, e può assumere caratteristiche traumatiche sia acute sia croniche: per esempio, acute nel caso in cui una coppia omosessuale subisca un'azione di violenza mentre è a passeggio mano nella mano; croniche quando la stessa coppia è soggetta quotidianamente a derisione, sguardi di disprezzo o di semplice curiosità oppure quando deve sopprimere le manifestazioni d'affetto, rinunciando per esempio a camminare tenendosi per mano. A livello intermedio, invece, in parte soggettivo e in parte oggettivo, si situa lo stigma percepito: maggiore è la percezione del rifiuto sociale, maggiore è il livello di vigilanza per dissimulare la propria omosessualità e il ricorso a strategie difensive, che alla lunga possono rivelarsi disfunzionali. È ovvio che le tre dimensioni si intreccino e potenzino vicendevolmente. Un numero crescente di ricerche⁸⁵ individua nei pregiudizi e nelle discriminazioni fattori rilevanti e misurabili di stress, mostrando che lo sviluppo psicologico di molti omosessuali rimane segnato da una dimensione di stress cumulativo e continuativo, macro e microtraumatico, conseguenza di ambienti ostili o indifferenti, episodi di stigmatizzazione, casi di violenza.⁸⁶ Minority stress è anche l'anomia sociale, giuridica e inevitabilmente simbolica, imposta agli omosessuali e ai loro legami: l'assenza di leggi che riconoscano il diritto di cittadinanza affettiva implica la mancanza di un vocabolario per denominare la realtà, cosicché il vuoto legislativo produce un vuoto sintattico, semantico, pragmatico, tanto più conoscitivo, che si trasforma in vuoto esperienziale.

Perché mai lo Stato sarebbe tenuto a occuparsi dell'orientamento sessuale dei cittadini? Non dovrebbero essere tutti eguali e, in questa eguaglianza, sostanzialmente anonimi? «Assolutamente sì» sarebbe la risposta. Di fatto, però, alcuni subiscono discriminazioni in dimensioni fondamentali dell'esistenza e si vedono negato «un diritto umano elementare»,⁸⁷ come lo definì Hannah Arendt: quello di sposarsi e costituire una famiglia. Non stiamo parlando della creazione di un focolare privato (e meglio se un po' segreto, applicando alla coppia il don't ask, don't tell, da sempre cucito sull'individuo), ma di una

famiglia riconosciuta dalla società e dallo Stato, con tutto ciò che ne segue in termini formali e pratici, in diritti e in doveri .

In Italia ai cittadini omosessuali è precluso il matrimonio; i maiali orwelliani della Fattoria degli animali continuano ad avere ragione: da noi «tutti gli animali sono uguali, ma alcuni animali sono più uguali degli altri». Nonostante la richiesta di molti, omosessuali e non, il nostro parlamento non vara una legge che consenta a ogni cittadino di godere dei diritti e dei doveri che provengono da un legame accreditato sul piano giuridico.⁸⁸ Eppure, un effetto collaterale positivo dell'approvazione di una legge in tal senso darebbe il via a un drastico prosciugamento della palude, psicologica e sociale, in cui prolifera la violenza omofoba. Non è evidente come questa si alimenti anche della negazione di una completa cittadinanza a ognuno? Non vengono forse alimentati e legittimati pregiudizi quali: «Se la Chiesa considera questi "esseri" indegni di formare una famiglia, e se lo Stato ne conviene, vorrà dire che in fondo, davanti a Dio e a Cesare, gli omosessuali non sono cittadini come gli altri...»?

Pregiudizi che provengono dal «basso»? Esistono perniciose omofobie «colte». Il mancato riconoscimento giuridico delle relazioni omosessuali produce un'effettiva delegittimazione dei cittadini gay e delle cittadine lesbiche che, giudicati/e indegni di costruire un nucleo affettivo e sociale, si trovano confinati tra i figli di un dio minore, in una zona grigia, vivaio di disprezzi, discriminazioni, svalutazioni (ed evidentemente anche autodisprezzi, autodiscriminazioni, autosvalutazioni). Non è attraverso un sottile e continuo processo di negazione delle qualità umane delle proprie vittime e di deresponsabilizzazione dei propri agiti (ciò che Stanley Milgram chiama «controantropomorfismo») che prende consistenza una visione distorta dell'altro prima diverso, poi minaccioso, infine colpevole da punire ed eliminare? Una vecchia storia che troppi oppressi conoscono bene. «La pietra angolare di tutte le persecuzioni e discriminazioni» scrive Felicity De Zulueta «è lo stabilirsi di un sistema di teorie che sancisce che l'altro è essenzialmente meno umano e perciò inutile, da buttare via o pericoloso».⁸⁹ Ed eccoci di nuovo a Nussbaum .

Essere/i umani

Per quanto nodale, la politica dell'eguaglianza serve a poco se priva della politica dell'umanità, cioè di un legame con il rispetto, la curiosità, la sintonizzazione immaginativa (*imaginative attunement*). Con le parole di Nussbaum, «la combinazione di eguale rispetto nei confronti dei propri concittadini e di un tentativo serio ed empatico di immaginare quali obiettivi stiano perseguendo» (p. 109). In particolare: Affinché si possa conseguire una politica del rispetto in materia di orientamento sessuale, gli individui devono riuscire a immaginare ciò che gay e lesbiche perseguono, e riconoscerlo come qualcosa di fundamentalmente simile alla loro personale ricerca di integrità ed espressione personale e sessuale. Possono anche non approvare ciò che quegli individui fanno: continuando a pensare che gay e lesbiche siano peccatori, o traviati, o che disobbediscano alla parola di Dio. Ma il primo cruciale passo verso il rispetto sarà stato compiuto .

Concetti, quali *attunement* e *sympathy*, appartengono al linguaggio della psicoterapia contemporanea e al suo dialogo con le neuroscienze.⁹⁰ Sintonizzazione e simpatia (nel senso dell'essere simpatetico) e, per estensione, mentalizzazione, empatia e umanizzazione sono temi che informano le più recenti teorie sul funzionamento mentale e, inevitabilmente, sulla relazione interpersonale, inclusa la sua dimensione clinica. Sebbene questa non sia la sede per approfondire tali concetti e le loro basi biologiche,⁹¹ occorre ricordare che con capacità di mentalizzare si intende la capacità di intendere i propri pensieri come rappresentazionali o simbolici, in dialogo con il mondo esterno, e che possono influenzarlo, essendone a loro volta influenzati. Solo così il bambino riesce a adattare la mente al mondo, senza dover cambiare se stesso per poter cambiare idea, senza perdere la continuità con il sé che nutriva un pensiero diverso poco prima. Il processo psicologico alla base della comprensione delle menti - chiamato di volta in volta monitoraggio metacognitivo, teoria della mente, funzione riflessiva, e acquisito nel corso dei primi tre-cinque anni di vita - è cuore della realtà psichica, conquista evolutiva centrale, intrapsichica, interpersonale. Il mentalizzare si conferma, in sostanza, un processo preconcio di rappresentazione, che conduce a immaginare pensieri e sentimenti dell'altro, ma anche un costrutto intrinsecamente

sociale che consente di prestare attenzione agli stati mentali e affettivi altrui. Perdere consapevolezza degli altri in quanto «menti» comporta trattarli alla stregua di oggetti privi di intenzioni.⁹² Come scrivono Anthony Bateman e Peter Fonagy,⁹³ «la violenza fisica implica una necessaria e intenzionale negazione della possibilità che la persona verso cui usiamo violenza possieda una mente, oppure il considerarla alla stregua di una cosa o appartenente a un gruppo sociale estraneo, ma non come un individuo con particolari preoccupazioni e credenze» .

Evitando schematizzazioni facili e errate (mentalizzazione ed empatia non sono tematiche sovrapponibili, né riduttivamente sovrapponibili alle scoperte sui neuroni specchio),⁹⁴ si può affermare che i concetti di intersoggettività, mentalizzazione, rispecchiamento, insieme allo studio delle loro basi neurofisiologiche, occupano un posto centrale nella ricerca sull'azione terapeutica e sui meccanismi della cura. In questo senso, ci sentiamo di suggerire che il passaggio dal disgusto all'umanità teorizzato da Nussbaum evoca alcuni elementi presenti nel processo terapeutico, ed è dunque pensabile come un percorso di «cura» politica. In fondo, se le omofobie rappresentano disturbi psicologici e piaghe sociali, inquadrarle come il problema da affrontare è il modo di partire con il piede giusto .

Lo psicoanalista Mark Blechner propone agli eterosessuali di sottoporsi per un mese a una piccola prova:⁹⁵ non menzionare il marito/la moglie e/o i figli in nessuna conversazione; descrivere al singolare un'esperienza che hanno invece condiviso con il/la partner; pronunciare sempre «io» anche quando dovrebbero impiegare «noi». Fare insomma ciò cui gay e lesbiche si trovano regolarmente sottoposti quando non rivelano la propria omosessualità. Gli eterosessuali che hanno fatto questo esperimento sono rimasti sconcertati da quanto fosse debilitante; Blechner invita a riflettere su quanto lo sia per quei gay e quelle lesbiche che vivono la situazione non per un mese, ma spesso per un'intera esistenza. In altre parole, come scrive Chiara Lalli,⁹⁶ «proviamo a immaginare di non poter formulare o di non poter ascoltare la domanda "vuoi sposarmi?", a escluderla dal nostro panorama esistenziale. Poco importa se siamo o non siamo favorevoli al matrimonio - anche perché, ancora una volta, chi non può scegliere può davvero escludere di lasciarsi sedurre dalla sindrome della volpe e l'uva?». Per vincere il disgusto non bastano rispetto e simpatia: «senza

l'immaginazione» sostiene Nussbaum «il rispetto è politicamente incompleto» (p. 70).

Benché non sia facile definire questa facoltà/funzione mentale, poiché a volte si avvicina al concetto di empatia, altre volte no, occorre rilevare che per alcuni eterosessuali è difficile immaginare, senza travisare, le aspirazioni di individui omosessuali. Aspirazioni che si devono a punti di vista esperienziali raramente condivisi dagli eterosessuali. Ma poi, quali aspirazioni e vissuti esperienziali immaginare? Le aspirazioni e i vissuti esperienziali riescono a differire tra loro al punto che «essere omosessuale» può fare un certo effetto ad A e tutt'altro a B, cosicché a contare è la prospettiva della prima persona, l'individualità milliana. Thomas Nagel traduce il problema chiedendoci di metterci nei panni di un pipistrello: non potranno che risultare vani i nostri tentativi di avere le aspirazioni e i vissuti esperienziali del pipistrello; al più, ci sarà consentito percepire che effetto fa a noi fantasticarci pipistrelli, ma non sapremo mai che effetto fa «essere pipistrello» al pipistrello stesso.⁹⁷

E se, invece, rispetto e simpatia fossero sufficienti? Accantonando l'argomento del pipistrello, ipotizziamo che la simpatia per l'altro-da-noi faccia parte del diventare persone, comunque esseri umani a pieno titolo, e che essa consista in un'inclinazione a provare quanto l'altro prova. L'altro-da-noi, essere umano al nostro pari, non può presentare caratteristiche disgustose, a meno di non provare disgusto per le nostre stesse caratteristiche, simili alle sue. Provare simpatia genera benessere in noi e nell'altro-da-noi, se non altro perché comprendiamo il benessere dell'altro, mentre l'altro comprende il nostro. Benessere di cui fa parte integrante la nostra sessualità, il nostro orientamento sessuale, la possibilità di viverli pienamente, godendo del rispetto, il rispetto dell'altro-da-noi e il rispetto per noi stessi: nel perdere l'uno e/o l'altro (connessi per quotidiana saggezza al fatto che non si dà effettivo rispetto dell'altro senza autorispetto) capiamo quanto sia difficile recuperarli, o conservarli in ambienti ostili. Sussiste poco benessere nella perdita, piuttosto smarriamo il significato dell'esistenza. Dovrebbe invece far parte della saggezza legislativa, nonché politica, la consapevolezza dei danni arrecabili al rispetto (di sé e degli altri) quando alcune categorie di individui risultano oggetto di discriminazioni, discriminazioni subite inevitabilmente dal singolo

individuo, nel nostro caso omosessuale: se siamo persone, meritiamo rispetto in quanto tali; la nostra dignità deve venirci assicurata, e non vi è ragione cogente di considerare indignitose le omosessualità, componenti nodali dell'identità personale. Sebbene non venga chiarito da Nussbaum in quale misura sia sensato il disgusto, nonché quale logica conduca a considerarlo intelligibile, il rispetto degli omosessuali comporta il riconoscimento della loro dignità, e di conseguenza, di ogni diritto .

«Io canto l'individuo, la singola persona / Al tempo stesso canto la Democrazia, la massa. L'organismo da capo a piedi, canto /[...] Canto la vita immensa in passione, pulsazioni e forza, / lieto, per le più libere azioni che sotto leggi divine si attuano, / Canto l'Uomo moderno» scriveva Walt Whitman.⁹⁸

Il viaggio di Nussbaum dal disgusto all'umanità non poteva che concludersi con versi amatissimi all'autore dei quali aveva già dedicato pagine sensibili nell'Intelligenza delle emozioni e in Nascondere l'umanità:⁹⁹ «Whitman non aveva una grande opinione della legge. Tenere uniti gli uomini per mezzo di carte e sigilli o per obbligo conta poco... scriveva». Solo i poeti, diceva Whitman, non i giudici, ci uniscono. Ma così non si tiene a sufficienza conto della forza sociale che hanno carte e sigilli. «Perché le carte e i sigilli [...] hanno un grande valore espressivo, e danno forza e dignità agli individui. E hanno anche grande valore pratico. Non dobbiamo pensare che un cambiamento a livello legale possa ripercuotersi immediatamente in un cambiamento a livello sociale. Non è accaduto con la razza e non avverrà per quanto riguarda l'orientamento. La legge, tuttavia, può fornire parametri che esprimono rispetto nel senso dell'eguaglianza, può governare certe soluzioni odiose ai limiti della dignità umana e può garantire a tutti i cittadini uguale protezione al riparo della legge. Così la legge protegge i diritti di chi è vulnerabile e manda un segnale all'intera società: che libertà e uguaglianza sono per tutti.»

Post-scriptum

Il disgusto rappresenta una faccia del dado antiomosessuale? In quella faccia comparirebbe una considerazione dell'assente Foucault: Se si vedono due omosessuali, o meglio due ragazzi che se ne vanno insieme a dormire nello stesso letto, in fondo li si tollera, ma se la mattina dopo si risvegliano col sorriso sulle labbra, si tengono per mano, si abbracciano teneramente, e affermano così la loro felicità, questo non glielo si perdona. Non è la prima mossa verso il piacere a essere insopportabile, ma il risveglio felice.¹⁰⁰ Che oscenità! La faccia disgustosa del dado assomiglia in effetti a quella dell'osceno, su cui ci elucida Roland Barthes: «Screditata dall'opinione moderna, la sentimentalità dell'amore deve essere percepita dal soggetto amoroso come una grave trasgressione, che lo lascia solo ed esposto; attraverso un rovesciamento dei valori, ciò che oggi rende osceno l'amore è quindi proprio questa sentimentalità».¹⁰¹

Amore anche omosessuale: sempre che Dio non giochi a dadi, perché dovrebbe giocarvi lo Stato? Amore omosessuale, «osceno» come ogni altro amore, «lieto disonore».¹⁰² Proprio come ogni altro amore: non «sospetto» .

Sestri Levante, aprile 2011

NOTE

1. L'onorevole Paola Concia ha presentato un testo di legge che inserisce come aggravanti di reato i fatti commessi «per finalità inerenti all'orientamento o alla discriminazione sessuale della persona offesa». La proposta è stata affossata il 13 ottobre 2009, con una pregiudiziale di incostituzionalità che ha ricevuto 285 voti a favore, 222 contrari e 13 astensioni. Ricordiamo che esiste una legge, la Legge Mancino, che riguarda altri grounds di discriminazione («Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa»), ma non l'omosessualità; cfr. Decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni in legge 25 giugno 1993, n. 205 (per il testo si veda: <http://xenu.comit.net/txt/mancino.htm>).

2. Molte delle nostre osservazioni possono essere estese alle transfobie e più in generale a tutte le forme di discriminazioni/stigmatizzazioni di identità e comportamenti non riconducibili alla cosiddetta «eterosessualità obbligatoria» (vedi, tra gli altri: Rich, 1980; Butler, 1995; Dimen e Goldner, 2002). Nonostante il valore politico dell'acronimo LGBTTQ (Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual, Transgender, Queer), inclusivo e sempre in progress, crediamo tuttavia che l'indagine filosofica, psicologica, sociale non sempre si giovi di raggruppamenti iperinclusivi tendenti a cancellare le specificità di singole categorie peraltro già insoddisfacenti. Per questo suggeriamo di declinare al plurale ogni categorizzazione sessuale e di genere: gli uomini, le donne, i maschi, le femmine, le omosessualità, le eterosessualità, le bisessualità, le transessualità ecc. Nello scrivere, sarà il contesto a suggerirci se preferire l'uso del singolare o del plurale. La letteratura sulle problematichità dei concetti di genere e sesso è sterminata. Cfr., per esempio, Alcoff (2006); Archer e Lloyd (2002); Blechner (1999, 2009); Bornstein (1994); Braidotti (1994); Butler (1990, 1993); Chanter (2006); Chodorow (1994, 1999); Colebrook (2004); De Gregorio e Vassallo (2011); De Lauretis (1996, 1999); Dimen e Goldner (2002); Fausto-Sterling (1992, 2000a, 2000b);

Garavaso e Vassallo (2007); Harris (2005); Haslanger (2000); Holmes (2007); Laqueur (1990); Law (1988); Lennon (2004); Lingardi (1997, 2004, 2006, 2007, 2008); Mikkola (2007); Nicholson (1998); Okin (1996); Oudshoorn (1994); Potter (1993); Rhode (1997); Vassallo (2009); Vassallo (2011); Worell (2001); Zita (1998) .

3 Quando ricorriamo al termine «persona», questo non rimanda, nelle nostre intenzioni, a particolari concetti di matrice filosofica o religiosa, né implica che tra persone e animali si diano baratri ontologici. Analogamente supponiamo faccia Nussbaum, curatrice (con Cass R. Sunstein) di *Animal Rights* (2004). Crediamo che le persone sviluppino capacità (quali appartenenze, controllo dei propri ambienti, giochi, integrità fisiche, immaginazioni, pensieri, ragion pratica, salute, sentimenti, significati) tali da assicurare loro la possibilità di essere e agire pienamente, vivendo un'esistenza degna di un essere umano. In altre parole, occorre «diventare persone» - cfr. Nussbaum (2000): qui si situa il nesso tra gli esseri umani e le loro libertà nonché i loro diritti, perché a partire dalle suddette capacità si giunga a comprendere la modalità con cui assicurare a qualcuno un diritto .

Non dimentichiamo tuttavia che il Sudafrica è stato il primo Paese al mondo ad aver introdotto nella Costituzione l'orientamento sessuale come condizione della persona che, di conseguenza, non può essere causa di discriminazione. Si veda Montalti (2007). E nemmeno che in Nepal, la Corte Suprema (21 dicembre 2007, *Pant v. Government of Nepal*) ha discusso della possibilità di estendere il diritto al matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso, istituendo una commissione che dovrà analizzare in che modo altri paesi hanno legiferato riguardo le unioni (incluso il matrimonio) tra persone dello stesso sesso. Tale commissione è governativa, ha nominato Maria Federica Moscati quale esperta per la stesura di uno studio sulla legislazione comparata in tema di unioni tra persone dello stesso sesso (Moscati e Puyal, 2009). E infine in Ecuador la nuova Costituzione vieta espressamente ogni discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere (cfr. <http://www.arcigay.it/nuova-costituzione-ecuador>) .

6 .La depatologizzazione dell'omosessualità in quanto tale (il che ovviamente non esclude che un individuo omosessuale, così come un eterosessuale, sia suscettibile a ogni forma di disturbo mentale e della

personalità) ha portato i clinici a ridimensionare le loro aspettative sul perché uno/a è omosessuale, considerando invece più rilevante parlare con il/la paziente di come sono le sue relazioni e di come si esprime la sua omosessualità. Del resto, già alla fine degli anni settanta, stando a Stephen Mitchell (1978) l'approccio eziologico ha troppo spesso stimolato uno sguardo eziopatologico. Per un approfondimento vedi anche Lingiardi (2007); Lingiardi e Luci (2006); Rigliano e Graglia (2006). Per Nussbaum (p. 158), «potrebbe sembrare irrilevante stabilire se l'orientamento sessuale sia genetico, acquisito durante la prima infanzia (e probabilmente la risposta è una qualche combinazione di entrambe le ipotesi) o si sia prodotto successivamente». Sebbene sia sostenibile che l'orientamento sessuale consista nella probabile combinazione di elementi genetici e acquisiti, sarebbe interessante approfondire il senso di quell'«irrilevante». Partiamo dal dato per cui il punto di vista della psicologia evolutiva viene sempre più spesso integrato con i risultati delle ricerche biologiche: «essere omosessuale», direbbe Isay (1989, 1996), non solo uno dei primi psicoanalisti dichiaratamente gay, ma anche uno dei primi a proporre un modello di sviluppo dell'omosessualità «non patologico» e su base genetica, sarebbe insomma un fatto costituzionale. Questo mutamento di prospettiva ha portato molti analisti a occuparsi, come di regola fanno per i pazienti eterosessuali, di quanto avviene «dopo» e che riguarda lo sviluppo e l'ambiente, non l'orientamento. In realtà, l'ipotesi costituzionale dell'omosessualità non è affatto nuova. Contemplata dagli stessi Freud e Jung, accantonata negli anni forti della psicoanalisi, alla fine del secolo scorso è tornata in auge grazie alla pubblicazione di una serie di ricerche scientifiche (LeVay, 1991,1993,1996; LeVay e Hamer, 1994; Hamer et al., 1993; Hu et al., 1995; Hamer e Copeland, 1995; Pillard, 1998; Kendler et al., 2000), ricerche non ancora replicate, alcune delle quali condotte su campioni piuttosto esigui, che costituiscono un'argomentazione suggestiva, non definitiva, a favore dell'ipotesi di un'influenza biogenetica nella determinazione degli orientamenti sessuali maschili (non esistono dati analoghi per quelli femminili). Lo stesso Dean Hamer, autore di uno degli studi più noti sulla genetica dell'omosessualità, evidenzia che ogni orientamento sessuale, omo o etera, è talmente complesso che nessun fattore può esserne completamente responsabile. L'ipotesi genetico-costituzionale

riaccende l'antica miccia del rapporto «nature vs nurture», con una differenza: se in altri tempi il modello costituzionale è stato utilizzato per dimostrare l'intrinseca «anomalia» delle omosessualità, Simon LeVay e Dean Hamer ribaltano il teorema e offrono i loro studi alla «causa» della varietà non patologica delle esperienze sessuali. Dal punto di vista epistemologico, è interessante notare come lo stesso modello esplicativo possa favorire la liberazione degli omosessuali dai pregiudizi sociali, ma anche ricondurli al discorso medico della patologia, che implica la curabilità. Al di là dell'uso più o meno politically correct delle ricerche sul «gene gay», l'ipotesi della componente genetica non dovrebbe sorprenderci più di tanto. In questo senso, come dice Nussbaum, la distinzione è davvero «irrilevante»: ogni condizione umana prevede una complessa mescolanza di natura e cultura. Chi aderisce oppure si oppone in modo unilaterale agli studi genetici sulle omosessualità non fa che riproporre un modello fasullo e retorico di Dna, basato sulla credenza che il gene rappresenti una grandezza irriducibile e immutabile, e che tra un gene potenzialmente attivo e un dato schema di comportamento esista una relazione causa-effetto, cosa alquanto lontana da ciò che presumibilmente accade. Corsi e ricorsi: quando Freud spostò l'attenzione dal piano fisiologico a quello psicologico, le vite umane sembrarono più ricche e più libere. Quando i biologi riportarono l'attenzione sul ruolo della genetica, molti provarono un analogo effetto liberatorio. Due modelli scientifici opposti, dei quali nessuno singolarmente convincente, assumono la stessa valenza emotiva. Un fatto curioso, che forse ci dice più dell'efficacia della discriminazione nei confronti di gay e lesbiche che delle cause reali delle omosessualità. Anche perché chi discrimina gli omosessuali può mettere ogni modello esplicativo al servizio della loro persecuzione.

7 È d'obbligo qui ricordare che i termini omosessualità/eterosessualità sono stati introdotti sul finire del XIX secolo. Per quanto si avventuri in excursus storici fino all'antichità, Nussbaum sembra talvolta sottovalutare la complessità che ha regolato in passato le relazioni sessuali tra individui del medesimo sesso. Come quando scrive, per esempio, che nell'antica Grecia «l'attrazione erotica tra uomini era considerata normale e naturale, e si pensava che persino gli dèi avessero relazioni amorose di questo tipo» (p. 131). Su questi

temi, cfr., comunque, Boswell (1994); Cantarella (1995); Dover (1978, 1989); Faderman (1985); Foucault (1976, 1984, 1985); Halperin (1990).

8 . Si vedano, tra gli altri: Nussbaum (1997, 2006) .

9. All'indirizzo <http://nohomonationalism.blogspot.com/2010/06/judith-butler-refuses-berlin-pride.html> è possibile ascoltare il discorso di Butler, qualche anno fa criticata da Nussbaum per l'oscurità del suo linguaggio e delle sue posizioni. Sul tema dell'omonazionalismo vedi Puar (2007); Massad (2007); Lingiardi (2008). Grazie a Chiara De Cesari per la segnalazione del libro di Puar .

10 .Lo riporta Dahlia Lithwick nel suo «Why Has a Divided America Taken Gay Rights Seriously? A Philosopher Credits the Power of Imagination» .

11 . Cameron (1997) .

12 . Crimini dettati dall'odio, come l'omicidio del ventunenne Matthew Shepard, legato a un recinto, torturato e massacrato di botte, nell'ottobre del 1998, presso Laramie, nel Wyoming. Durante il processo ai due assassini, Aaron McKinney e Russel Henderson, il padre di Matthew, Dennis Shepard, dirà: «Matt è diventato un simbolo, alcuni dicono un martire, il "ragazzo della porta accanto" contro i crimini motivati dall'odio». Ai funerali di Shepard e al processo, un gruppo di oppositori omofobi, capeggiati dal pastore della chiesa battista Fred Phelps, protestarono con picchetti, cartelli, slogan: «Matt Shepard marcisce all'inferno», «L'Aids uccide i finocchi», «Dio odia i froci». Successivamente Phelps chiese l'autorizzazione cittadina per la costruzione di un monumento da porre nel parco di Casper, sul quale avrebbe dovuto essere apposta una targa in bronzo con l'immagine di Shepard e le parole: «Matthew Shepard, entrato nell'inferno il 12 ottobre 1998, in spregio all'avviso di Dio: "Non avrai con maschio relazioni come si hanno con donna: è abominio" - Levitico 18, 22». Come hate crime motivato dal disgusto, Nussbaum (2004, p. 17) cita il caso di Stephen Carr, un vagabondo, appostato in un bosco dei monti Appalachi, che sparò a due lesbiche mentre facevano l'amore in un campeggio: ne uccise una e ferì gravemente l'altra. «Durante il processo, nel quale si trovò ad affrontare l'accusa di omicidio di primo

grado, chiese di essere giudicato per omicidio non premeditato, adducendo come motivo che la ripugnanza, provocata in lui dalla vista dell'amore tra due lesbiche, gli aveva causato un disgusto e una repulsione talmente travolgenti da indurlo al crimine.»

13 . Su questo tema vedi Winkler e Strazio (2011) .

14 . Darwin (1872), p. 285 .

15 . Nussbaum (2004) .

16 . Freud (1905), pp. 465,466 e 474 .

17 . Secondo Jaan Panksepp, il disgusto e la sorpresa sono troppo complessi per venire catalogati tra le emozioni: solo una dettagliata comprensione dei sistemi neurobiologici alla base delle emozioni potrà illuminare le fonti primarie dei comportamenti e dei valori degli umani, nonché la natura e la genesi dei loro disturbi psicologici. Cfr. Panksepp (1998) .

18 . Alcuni riferimenti classici: Blackburn (1998); Damasio (1994, 1999); Evans (2001); Goldie (2000); Gordon (1987); Griffiths (1997); Lyons (1980); Minsky (2006); Pugmire (2005); Thagard (2006); Wollheim (2000). Se la più importante rivoluzione nell'ambito delle terapie cognitivo-comportamentali è stata quella di assegnare alle emozioni una centralità in precedenza trascurata, la sfida che il cognitivismo clinico deve affrontare nel prossimo futuro sarà quella di colmare lo iato tra l'esplorazione clinica delle cognizioni esplicite e il ruolo che le neuroscienze assegnano alle emozioni nella conoscenza relazionale implicita. Cfr. Liotti (2001, 2010); Guidano e Liotti (1983); Wells (2000) .

19 . Per alcune risposte, vedi, per esempio, Curtis, Aunger e Rabie (2003); Curtis e Biran (2001); Kolnai (2004); Menninghaus (2003); Miller (1997). Quest'ultimo testo viene menzionato da Nussbaum (p. 229, nota 24). Ricordiamo, inoltre, che Nussbaum (pp. 84-85) cita le ricerche di Paul Rozin, cosicché accenna alla componente cognitiva del disgusto (e su come questo dipenda dall'idea che uno ha dell'oggetto); in almeno un'occasione impiega anche il termine «autoinganno» (p. 90).

20 . Vedi Rozin, Haidt e McCauley (2008). Jonathan Haidt, Clark McCauley e Paul Rozin hanno sviluppato una Scala per la misurazione del disgusto: si tratta di uno strumento self-report, utile a rilevare le

differenze individuali nella suscettibilità al disgusto e a esaminare le relazioni tra diversi tipi di disgusto .

21 . Secondo la lista redatta da Plutchik (2001). Ricordiamo che si contano circa un centinaio di definizioni di «emozione», oltre che svariati inventari delle emozioni stesse. In Nascondere l'umanità (2004) Nussbaum riunisce tradizione filosofica, pensiero letterario e senso comune nel seguente elenco: gioia, dolore, ira, odio, pietà o compassione, invidia, gelosia, speranza, colpa, gratitudine, vergogna, disgusto, amore (p. 41) .

22 . Bentham (1785), pp. 58-59 .

23 Il sito dell'artista è www.zhanghuan.com. Vedi anche: Alfano Miglietti (2010) .

24 . Sul rapporto tra disgusto e politica cfr.: Uhlmann, Pizarro, Tannenbaum e Ditto (2009); Inbar, Pizarro, Knobe e Bloom (2009); Inbar, Pizarro e Bloom (2009); Inbar e Pizarro (2009); Ditto, Pizarro e Tannenbaum (2009) .

25 . Cfr. Olatunji e McKay (2008) .

26 . Vedi anche Kass (2002) .

27 . Secondo alcune ricerche transculturali, sussisterebbe un numero limitato di emozioni che, oltre a presentare nomi traducibili nelle diverse lingue, corrispondono a espressioni (in genere facciali) oggettivamente riconoscibili: felicità, paura, sorpresa, rabbia, tristezza. Vedi Ekman e Friesen (1989) .

28 . Sanchez (2004) .

29 . Weinberg (1972) .

30 . Moss (2003) .

31 . Morin e Garfinkle (1978) .

32 . RajaeStokes (1998) .

33 . Herek (1990) .

34 . Herek (1998, 2004, 2009) .

35 Una buona lettura introduttiva: Tin (2008a) .

36 . de Montaigne (1966) .

37 . Marchesini (2004) .

38 . Cfr. Armstrong (1983); Beebee (2000); Carroll (2004); Dretske (1977); Lange (2000); Mumford (2004); Swoyer (1982); Woodward (1992) .

39 . Vedi Remotti (2008) .

- 40 . Bagemihl (1999) .
- 41 . Gubbini (2007) .
- 42 . E se l'eterosessualità fosse un'invenzione? Vedi anche Katz (2007); Tin (2008b) .
- 43 . Freud (1937) .
- 44 . Per esempio da Barack Obama, il quale, nel giorno della sua vittoria elettorale, ha ringraziato, in un discorso che passerà alla storia («If there is anyone out there who still doubts that America is a place where all things are possible...»), tutti i cittadini americani: uomini e donne, giovani e vecchi, ricchi e poveri, gay ed etero. E la prima volta che un capo di Stato si rivolge pubblicamente ai suoi cittadini indicandone gli orientamenti sessuali, segno della mutazione antropologica che ha inserito la tematica nelle agende politiche dei governi di mezzo mondo. In un futuro, più o meno lontano, i governi della restante metà (molti dei quali considerano reato e puniscono le pratiche omosessuali) se ne dovranno occupare .
- 45 . Vedi Escobar (2010) .
- 46 . Sulla «vera» donna e la «vera» sessualità, cfr. Vassallo (2009), pp. 131-147 .
- 47 In alcuni casi il disagio o l'ostilità sono minori se il «maschio» è effeminato, perché così può essere più facilmente riconfigurato come «non maschio», «mezza femmina». Il più «virile», invece, può evocare un'inquietudine maggiore, legata a fantasie minacciose di passivizzazione. Si tratta di credenze ingenuie, fortemente influenzate dagli stereotipi di genere: l'idea che un maschio molto «maschile» sia sempre e comunque sessualmente «iperattivo» corrisponde a un immaginario machi- sta (sia etero sia omo), non alla realtà delle dinamiche omoerotiche. Vedi Burgio (2008) .
- 48 . Su interpretazioni, implicazioni, ripercussioni, significati dell'essere madri: Chodorow (1999); Fineman (1995); Hanigsberg e Ruddick (1999); Rigotti (2009), pp. 31-46; Ruddick (1989); Shan- ley (2001) .
- 49 . Freud (1937), p. 535 .
- 50 . Freud (1910) .
- 51 . Nussbaum (2004), pp. 141-142 .
- 52 . Nussbaum (2004), pp. 31-33 .
- 53 . Rozin e Fallon (1987), pp. 23-41 .

54 . Menninghaus (1999), p. 7 .

55 . Nussbaum (2004), pp. 113-114. Un esperimento di Rozin consiste nel chiedere a un gruppo di soggetti di annusare due diverse fiale da cui emana odore di sostanze in putrefazione, dicendo loro che si tratta in un caso di feci e nell'altro di formaggio. Le fiale contengono però la stessa sostanza. Molti di coloro che credono di annusare formaggio trovano l'odore gradevole, mentre tutti quelli che sono convinti di annusare le feci trovano quello stesso odore repellente. «È la concezione dell'oggetto da parte del soggetto» commenta Rozin «piuttosto che le proprietà sensoriali dell'oggetto, a determinare primariamente il valore che dà piacere.» Continua Nussbaum: «In generale il disgusto è principalmente motivato da fattori ideazionali: ossia la natura o l'origine dell'elemento in questione e la sua storia sociale (per esempio, chi lo ha toccato)» (ivi, p. 114). Si pensi anche al ruolo giocato dal rapporto affettivo che abbiamo con il soggetto da cui provengono, per esempio, eventuali secrezioni (figlio, amico, partner, genitore, estraneo ecc.) .

56 . Gilman (1991, 1995); Mayer (1975); Mosse (1978, 1985); Theweleit (1987) .

57 . Nussbaum (2004), p. 135 .

58 . Freud S. (1929), p. 595n .

59 . Così racconta Lacan (1955), p. 393 .

60 . «Ho letto Martin Buber e ho capito che di fatto ogni relazione che ho osservato al Bryn Mawr College era una relazione io-esso, che comportava il riconoscimento di un'umanità poco autentica»; «Sono cresciuta in un ambiente episcopale, al quale mi sentivo legata soprattutto per la musica. Ero sempre con il coro e ancora adesso canto molto. Mi sono convertita all'ebraismo quando mi sono sposata. Non riuscivo più ad accettare l'oltrmondanità cristiana. Volevo una religione in cui la giustizia potesse essere raggiunta sulla terra.» In Boynton (1999) .

61 . Solomon (2009) .

62 . Nussbaum (1986,2001) .

63 . Nussbaum (1997) .

64 . Nussbaum (2001) .

65 . Nussbaum (2010,2011) .

66 . Nussbaum (1997), p. 41 originale .

67 . Nussbaum (1997), p. 40 originale .

68 . Nussbaum (2001), p. 214 .

69 . Mill (1858) .

70 . Il parallelismo tra «scelta» religiosa e «scelta» sessuale risulta troppo forte. Non solo è possibile che Dio non esista, non solo la conoscenza religiosa è oggetto di molteplici dubbi scettico-filosofici, ma soprattutto in una prospettiva religiosa (non panteista) il mondo esprime le intenzioni di un essere trascendente, mondo incapace di rivelarci interamente le intenzioni di Dio, cosicché le ragioni del male e della sofferenza possono risultarci ignote. Le sessualità, invece, autoerotiche incluse, riguardano un essere che esiste e che siamo in grado di conoscere; gli atti sessuali esprimono le intenzioni di uno o più individui non trascendenti, intenzioni che se dirette a procurare male e sofferenza possono essere intelligibili. È quindi più realistico che siano le sessualità, non la religione, a coinvolgere la propria autenticità, a riguardare la definizione di se stessi, la ricerca della propria identità. Per di più, possono darsi etiche omosessuali, senza pretese fondative, che, nel caso delle etiche lesbiche considerano nodale domandarsi se i lesbismi contribuiscono alla propria libertà e al proprio sviluppo, piuttosto che domandarsi cos'è il buono, mentre le religioni avanzano in genere pretese fondative, che già Platone, nell'Eutifrone, trova criticabili. Il noto dilemma è traducibile nei seguenti termini: nell'ipotesi che si sostenga che le omosessualità sono sbagliate in quanto contrarie alla volontà di Dio, occorre sapere se Dio vieta le omosessualità perché le omosessualità sono sbagliate, o se le omosessualità sono sbagliate perché Dio vieta le omosessualità. Nel caso in cui si risponda che Dio vieta le omosessualità perché le omosessualità sono sbagliate, il principio «le omosessualità sono sbagliate» è indipendente dalla volontà di Dio, mentre nel caso in cui si risponda che le omosessualità sono sbagliate perché Dio le vieta, la volontà di Dio non risulta basata su alcuna ragione di ordine etico. Sulle etiche lesbiche, cfr., comunque, Hoagland (1988); Frye (1991), pp. 52-59 .

71 . Harris (1997); Warner (1999) .

72 . Paterlini (2004) .

73 . Per Butler (2004, p. 135), «essere legittimati dallo Stato significa entrare a far parte dei termini della legittimazione offerta e

scoprire che la percezione di sé in quanto persona, pubblica e riconoscibile, dipende essenzialmente dal lessico di tale legittimazione».

74 Bilotta (2008). Vedi anche Bilotta (in stampa) .

75 Per un approfondimento, cfr. Coontz (2006) .

76 «Non posso caratterizzare queste somiglianze meglio che con l'espressione "somiglianze di famiglia"; infatti le varie somiglianze che sussistono tra i membri di una famiglia si sovrappongono e s'incrociano nello stesso modo: corporatura, tratti del volto, colore degli occhi, modo di camminare, temperamento ecc. - E dirò: i "giuochi" formano una famiglia. E allo stesso modo formano una famiglia, per esempio, i vari tipi di numeri. Perché chiamiamo una certa cosa "numero"? Forse perché ha una ? diretta - parentela con qualcosa che finora si è chiamato numero; e in questo modo, possiamo dire, acquisisce una parentela indiretta con altre cose che chiamiamo anche così.» Cfr. Wittgenstein (1953), parr. 66-67 .

77 . Se con matrimonio intendiamo una precisa istituzione atta a regolare la famiglia, la sessualità e la riproduzione, può non darsi il matrimonio tra individui del medesimo sesso, nel caso in cui non venga loro concessa la possibilità di riprodursi. Se invece con matrimonio intendiamo una scelta individuale atta a raggiungere il proprio benessere, a configurare il significato della propria esistenza, Nussbaum ha ragione nel sostenere che esso è un diritto fondamentale a cui ogni cittadino deve poter accedere. Su amore, sesso e matrimonio, cfr. comunque Halwani (2010) .

78 . Calhoun (2000), p. 108. Su cittadinanza e matrimoni, cfr., comunque: Bilotta (2008, in stampa); Bradley (2001); Canaday (2009); Eskridge (1996); Lingardi (2004); Phelan (2001); Pierce (1995); Snyder (2006); Wilson (1996), pp. 34-39 .

79 . «Pieno riconoscimento dei diritti individuali per le persone con diverso orientamento sessuale, ma anche riserve sulla possibilità di accedere ad alcuni diritti che considero eminentemente relazionali, come il matrimonio e l'adozione.» P. Binetti, la Repubblica, 22 ottobre 2009 .

80 . Bilotta (in stampa) .

81 . Tratta dal saggio di Bilotta è anche la nota: «E l'obiezione più ricorrente quando si parla di famiglia omogenitoriale, come emerge

dalle considerazioni di G. Manera: "Non può, infine, condividersi l'affermazione secondo cui una famiglia omosessuale avrebbe la stessa valenza educativa di una famiglia eterosessuale, essendo agevole replicare che, per una corretta ed armoniosa evoluzione della personalità e per una normale socializzazione, il minore ha bisogno di identificarsi in validi modelli genitoriali di riferimento, della necessaria compresenza di una figura educatrice materna e paterna, perché l'assenza di una sola di tali figure educative non favorisce il normale sviluppo della personalità, ma genera disturbi psichici, confusioni, vuoti psicologici e profondi traumi, spesso irreversibili, o irrisolti anche dopo molti decenni. Il minore ha, cioè, necessità d'un padre e di una madre (e non di due padri o di due madri): la realtà proverà l'esattezza di tale assunto, dopo che il legislatore avrà consentito il matrimonio e l'adozione alle coppie omosessuali"». Manera (2007), pp. 1705-1706 .

82 . American Psychiatric Association, Position Statement on Support of Legal Recognition of Same- Sex Civil Marriage, 2005 .

83 . American Psychoanalytic Association, Position Statement on Gay/Lesbian Parenting, 2002 .

84 . Pawelski, Perrin, Foy et al. (2006). Vedi anche: Wainright, Russell e Patterson (2004). Non abbiamo qui lo spazio per illustrare nel dettaglio i risultati di più di trent'anni di ricerche sulle omogenitorialità, per cui rimandiamo al volume Lesbian & Gay Parenting pubblicato dall'American Psychological Association e scaricabile dal sito www.apa.org/pi/parent.html .

83 Meyer e Northridge (2006) .

86 Lingiardi e Nardelli (2007), pp. 3-17 .

87 Cinquant'anni fa, negli Stati Uniti ferveva il dibattito sul matrimonio interrazziale, e si levavano voci indignate, alle quali Hannah Arendt (1959) rispose definendo la libertà di matrimonio «un diritto umano elementare» .

88 Eppure, scrive Stefano Rodotà (la Repubblica, 14 luglio 2010), «con una recentissima sentenza, la Corte costituzionale ha ribadito la rilevanza costituzionale delle unioni omosessuali, poiché siamo di fonte ad una delle "formazioni sociali" di cui parla l'articolo 2 della Costituzione. Da questa constatazione la Corte trae una conclusione importante: alle persone dello stesso sesso unite da una convivenza stabile "spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una

condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri". Sono parole impegnative: un "diritto fondamentale" attende il suo pieno riconoscimento» .

89 . DeZulueta (1994) .

90 . Su questi concetti e affini, non mancano le riflessioni di diverse branche filosofiche, sempre più integrate dai contributi delle scienze cognitive. Segnaliamo alcuni testi: Adams (2001); Curry e Ravenscroft (2002); Darwall (1998); Decety e Jackson (2004); Eisenberg e Strayer (1987); Frith e Frith (2003); Goldman (2006); Kennett (2002); Maibom (2007); Nichols e Stich (2003); Stueber (2006); Stueber (2008) .

91 . Per cui rimandiamo a Fonagy, Gergely, Jurist e Target (2002); Jurist, Slade e Bergner (2008); Rosenbaum (2009); Gallese (2007). Sulla distinzione tra sympathy ed empathy, cfr. Wispe (1986) .

92 . In proposito, epistemologia, filosofia della mente, filosofia del linguaggio, filosofia della psicologia, metafisica ci regalano numerose puntualizzazioni che qui non abbiamo purtroppo lo spazio di considerare .

93 . Bateman e Fonagy (2008), p. 3 .

94 . Rizzolatti e Craighero (2004); Fogassi, Ferrari, Gesierich, Rozzi, Chersi e Rizzolatti (2005); Rizzolatti, Fogassi e Gallese (2001); Keysers, Kaas e Gazzola (2010); Lamm, Batson e Decety (2007); Keysers e Gazzola (2007) .

95 . Blechner (2009) .

96 . Lalli (2009), p. 142 .

97 . Nagel (1974) .

98 . Whitman (1891-1892) .

99 . Nussbaum (2001), pp. 755-794 e (2004), pp. 145-150, p. 209 .

100 . Foucault (1978) .

101 . Barthes (1977), p. 148 .

102 . Penna (1970) .

BIBLIOGRAFIA

(Gli anni messi fra parentesi si riferiscono alla prima edizione originale)

Adams F. (2001), «Empathy, Neural Imaging and the Theory versus the Simulation Debate», in *Mind and Language*, 16, pp. 368-392.
Alcoff L.M. (2006), *Visible Identities, Race, Gender, and the Self*, Oxford University Press, New York .

Alfano Miglietti F. (2010), *Franko B/Zhang Huan - Posizione e Deposizione*, Edizioni Galleria Pack, Milano .

American Psychoanalytic Association (2002), *Position Statement on Gay/Lesbian Parenting* .

American Psychiatric Association (2005), *Position Statement on Support of Legal Recognition of Same-Sex Civil Marriage* .

Archer J. e Lloyd B. (2002), *Sex and Gender*, seconda edizione, Cambridge University Press, Cambridge .

Arendt H. (1959), «Reflections on Little Rock», in *Dissent*, 6, 1, pp. 47-58 .

Armstrong D. (1983), *What Is a Law of Nature?*, Cambridge University Press, Cambridge .

Bagemihl B. (1999), *Biological Exuberance: Animal Homosexuality and Natural Diversity*, St. Martin's Press, New York .

Bartels D.M., Bauman C.W., Skitka L.J. e Medin D.L., a cura di (2009), *Psychology of Learning and Motivation*, vol. L, *Moral judgment and Decision Making*, Academic Press, San Diego, CA .

Barthes R. (1977), *Frammenti di un discorso amoroso*, tr. it. di R. Guidieri, Einaudi, Torino 1979 .

Bateman A. e Fonagy P. (2008), *Guida pratica al trattamento basato sulla mentalizzazione*, Raffaello Cortina, Milano 2010 .

Beebe H. (2000), «The Nongoverning Conception of Laws of Nature», in *Philosophy and Phenomenological Research*, 61, pp. 571-594 .

Bentham J. (1785), *Difesa dell'omosessualità, il melangolo*, Genova 2009 .

Bilotta F. (2008), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Mimesis Edizioni, Milano-Udine .

(in stampa), «Omogenitorialità, adozione, affidamento familiare», in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano .

Blackburn S. (1998), *Ruling Passions*, Oxford University Press, New York-Oxford .

Blechner M.J. (1999), «Maleness and Masculinity», in *Contemporary Psychoanalysis*, 34,4, pp. 597-613 .(2009), *Sex Changes. Transformations in Society and Psychoanalysis*, Routledge, London-New York .

Bollas C. (1992), «Essere omosessuale», in *Essere un carattere*, Boria, Roma 1995 .

Bornstein K. (1994), *Gender Outlaw: On Men, Women, and the Rest of Us*, Routledge, New York .

Boswell J. (1994), *Same-Sex Unions in Premodern Europe*, Vintage Books, New York .

Boynton R.S. (1999), «Who Needs Philosophy? A Profile of Martha Nussbaum», in *The New York Times Magazine*, 21 novembre .

Bradley G.V. (2001), «The End of Marriage», in Kenneth D. e Whitehead, K.D., a cura di, *Marriage and the Common Good*, St. Augustine's Press, South Bend, IN .

Braidotti R. (1994), *Soggetto nomade. Femminismo e crisi della modernità*, Donzelli, Roma 1995 .

Burgio G. (2008), *Mezzi maschi. Gli adolescenti gay dell'Italia meridionale. Una ricerca etnopedagogica*, Mimesis, Milano-Udine .

Buder J. (1990), *Scambi di genere. Identità, sesso, desiderio*, Sansoni, Milano 2004 .1993), *Corpi che contano*, Feltrinelli, Milano 1996 .(1995), «Melanconia di genere/Identificazione rifiutata», in Dimen e Goldner (2002), pp. 33-48 .(2004), *La disfatta del genere*, Meltemi, Roma 2006 .

Calhoun C. (2000), *Feminism, the Family, and the Politics of the Closet: Lesbian and Gay Displacement*, Oxford University Press, Oxford .

Cameron P. (1997), *Medical Consequences of What Homosexuals Do*, Family Research Institute, Colorado Springs, CO, distribuito come pamphlet e reperibile all'indirizzo internet <http://www.familyresearchinst.org/2009/02/medical-consequences-of-what-homosexuals-do> .

Canaday M. (2009), *The Straight State: Sexuality and Citizenship in Twentieth-Century America*, Princeton University Press, Princeton .

Cantarella E. (1995), *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Milano, Rizzoli .

Carroll J., a cura di (2004), *Readings on Laws of Nature*, Pittsburgh University Press, Pittsburgh .

Chanter T. (2006), *Gender, Continuum*, London .

Chodorow N. (1994), *Femminile, maschile, sessuale. Sigmund Freud e oltre*, La Tartaruga, Milano 1995 .(1999), *The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and the Sociology of Gender*, edizione aggiornata, University of California Press, Berkeley .

Colebrook C. (2004), *Gender*, Palgrave MacMillan, New York .

Coontz S. (2006), *Marriage: A History*, Penguin, London .

Curry G. e Ravenscroft I. (2002), *Recreative Minds*, Clarendon Press, Oxford .

Curtis V., Aunger R. e Rabie T. (2003), «Evidence that Disgust evolved to Protect from Risk of Disease», in *Proceedings of the Royal Society Biology Letters Supplement*, 0144, reperibile all'indirizzo internet http://rspb.royalsocietypublishing.org/content/271/Suppl_4/S131#related-urls .

Curtis V. e Biran A. (2001), «Dirt, Disgust, and Disease: Is Hygiene in Our Genes?», in *Perspectives in Biology and Medicine*, 44, pp. 17-31.

Damasio A. (1994), *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, G.P. Putnam's Sons, New York .(1999), *The Feeling of What Happens: Body and Emotion in the Making of Consciousness*, Harcourt Brace and Co., New York .

Darwall S. (1998), «Empathy, Sympathy, and Care», in *Philosophical Studies*, 89, pp. 261-282; Darwin C. (1872), *L'espressione delle emozioni*, a cura di Paul Ekman, Bollati Boringhieri, Torino 1999 .

Decety J. e Jackson P. (2004), «The Functional Architecture of Human Empathy», in Behavioral and Cognitive Neuroscience Review, 3, pp. 71-100 .

De Gregorio C. e Vassallo N. (2011), «La velata», in Lazreg M., Sul velo. Lettere aperte alle donne musulmane, il Saggiatore, Milano, pp. 11-48 .

De Lauretis T. (1996), Sui generis: Scritti di teoria femminista, Feltrinelli, Milano .(1999), Soggetti eccentrici, Feltrinelli, Milano .

de Montaigne M. (1966), Saggi, tr. it. a cura di F. Garavini, Adelphi, Milano 1992 .

De Zulueta F. (1994), Dal dolore alla violenza. Le radici traumatiche dell'aggressività, Raffaello Cortina, Milano 2009 .

Dimen M. e Goldner V., a cura di (2002), La decostruzione del genere. Teoria femminista, cultura postmoderna e clinica psicoanalitica, il Saggiatore, Milano 2006 .

Ditto P.H., Pizarro D.A. e Tannenbaum D. (2009), «Motivated Moral Reasoning», in Ross B.H., Bartels D.M., Bauman C.W., Skitka L.J. e Medin D.L., a cura di, Psychology of Learning and Motivation, vol. L, Moral Judgment and Decision Making, Academic Press, San Diego, CA .

Dover K.J. (1978, 1989), L'omosessualità nella Grecia antica, Einaudi, Torino 1985 .

Dretske F. (1977), «Laws of Nature», in Philosophy of Science, 44, pp. 248-268 .

Eisenberg N. e Strayer J., a cura di (1987), Empathy and Its Development, Cambridge University Press, Cambridge .

Ekman P. e Friesen W.V. (1989), «The Argument and Evidence about Universals in Facial Expressions of Emotion», in Handbook of Social Psychophysiology, John Wiley and Sons, New York .

Escobar R. (2010), La paura del laico, il Mulino, Bologna .

Eskridge W. (1996), The Case for Same-Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment, Free Press, New York .

Evans D. (2001), Emotions: The Science of Sentiment, Oxford University Press, Oxford .

Faderman L. (1985), Surpassing the Love of Men: Romantic Friendship and Love Between Women from the Renaissance to the Present, The Women's Press, London .

Fausto-Sterling A. (1992), *Myths of Gender: Biological Theories about Women and Men*, Basic Books, New York .(2000a), *Sexing the Body*, Basic Books, New York .(2000b), «The Five Sexes: Why Male and Female are Not Enough», in *The Sciences*, 33,2, pp. 20-24 .

Fineman M.A. (1995), *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, Routledge, New York .

Fogassi L., Ferrari P.F., Gesierich B., Rozzi S., Chersi F. e Rizzolatti G. (2005), «Parietal Lobe: From Action Organization to Intention Understanding», in *Science*, 308, pp. 662-667 .

Fonagy P., Gergely G., Jurist E.L. e Target M. (2002), *Regolazione affettiva, mentalizzazione e sviluppo del Sé*, Raffaello Cortina, Milano 2005 .

Foucault M. (1976), *Storia della sessualità*, vol. I, *La volontà di sapere*, Feltrinelli, Milano 1978 .(1984a), *Storia della sessualità*, voi. n, *L'uso dei piaceri*, Feltrinelli, Milano 1985 .(1984b), *Storia della sessualità*, voi. m, *La cura di sé*, Feltrinelli, Milano 1985 .(1978), «Il gay sapere», in Le Bitoux J., *Sulla questione gay*, il Saggiatore, Milano 2009 .

Freud S. (1905), *Tre saggi sulla teoria sessuale*, in *Opere*, voi. iv, Bollati Boringhieri, Torino 1970 .(1910), *Osservazioni psicoanalitiche su un caso di paranoia (dementia paranoides) descritto autobiograficamente (Caso clinico del presidente Schreber)*, in *Opere*, voi. vi, Bollati Boringhieri, Torino 1977 .(1929), *Il disagio della civiltà*, in *Opere*, vol. x, Bollati Boringhieri, Torino 1978 .(1937), *Analisi terminabile e interminabile*, in *Opere*, vol. xi, Bollati Boringhieri, Torino 1979 .

Frith U. e Frith C.D. (2003), «Development and Neurophysiology of Mentalizing», in *Philosophical Transactions of the Royal Society, Series B*, vol. 358, pp. 459-473 .

Frye M. (1991), «A Response to Lesbian Ethics: Why Ethics?», in Card C., a cura di, *Feminist Ethics*, University Press of Kansas, Lawrence, KA, pp. 52-59 .

Gallese V. (2007), «Intentional Attunement: Mirror Neurons and the Neural Underpinnings of Interpersonal Relations», in *Journal of American Psychoanalytic Association*, 55, pp. 131-175 .

Garavaso P. e Vassallo N. (2007), *La filosofia delle donne*, Laterza, Roma-Bari .

Gilman S.L. (1991), *The Jews Body*, Routledge, London .(1995), *Freud, Race and Gender*, Princeton University Press, Princeton .

Goldie P. (2000), *The Emotions: A Philosophical Exploration*, Oxford University Press, Oxford .

Goldman A. (2006), *Simulating Minds: The Philosophy, Psychology, and Neuroscience of Mindreading*, Oxford University Press, Oxford .

Gordon R. (1987), *The Structure of Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge .

Griffiths P. (1997), *What Emotions Really Are: The Problem of Psychological Categories*, University of Chicago Press, Chicago .

Gubbini C. (2007), «La sinistra impari cosa sono le famiglie», intervista a Marzio Barbagli, *il manifesto*, 1° marzo .

Guidano V.F. e Liotti G. (1983), *Cognitive Processes and Emotional Disorders*, Guilford, New York .

Halperin D.M. (1990), *One Hundred Years of Homosexuality and Other Essays on Greek Love*, Routledge, New York .

Halwani R. (2010), *Philosophy of Love Sex and Marriage*, Routledge, New York and London .

Hamer D., Hu S., Magnuson V.L., Hu N. e Pattattucci A.M.L. (1993), «A Linkage Between DNA Markers on the X Chromosome and Male Sexual Orientation», in *Science*, 261, pp. 321-327 .

Hamer D. e Copeland C. (1995), *The Search for Desire: The Search for the Gay Gene and the Biology of Behavior*, Simon & Schuster, New York .

Hanigsberg J.E. e Ruddick S., a cura di (1999), *Mother Troubles: Rethinking Contemporary Maternal Dilemmas*, Beacon Press, Boston .

Harris A. (2005), *Gender as Soft Assembly*, The Analytic Press, Hillsdale .

Harris D. (1997), *The Rise and Fall of Gay Culture*, Ballantine, New York .

Haslanger S. (2000), «Gender and Race: (What) Are They? (What) Do We Want Them To Be?», in *Nous*, 34, pp. 31-55 .

Herek G.M. (1990), «The Context of Anti-Gay Violence: Notes on Cultural and Psychological Heterosexism», in *Journal of Interpersonal Violence*, 5,3, pp. 316-333 .(1998), *Stigma and Sexual Orientation: Understanding Prejudice against Lesbians, Gay Men, and Bisexuals*,

Sage Publications, Thousand Oaks, CA .(2004), «Beyond "Homophobia": Thinking about Sexual Stigma and Prejudice in the Twenty-First Century», in *Sexuality Research and Social Policy*, 1,2, pp. 6-24 .

?

(2009), «Sexual Stigma and Sexual Prejudice in the United States: A Conceptual Framework», in Hope D.A., a cura di, *Contemporary Perspectives on Lesbian, Gay, and Bisexual Identities*, Springer Science, New York, NY, pp. 65-111 .

Hoagland S.L. (1988), *Lesbian Ethics*, Institute of Lesbian Studies, Palo Alto, CA .

Holmes M. (2007), *What is Gender?*, Sage, London .

Hu S., Pattatucci A.M.L., Patterson C., Li L., Fulker D.W., Cherny S.S., Kruglyak L. e Hamer D. (1995), «Linkage Between Sexual Orientation and Chromosome Xq28 in Males but not in Females», in *Nature Genetics*, 11, pp. 248-256. Inbar Y. e Pizarro D.A. (2009), «Grime and Punishment: How Disgust Influences Moral, Social, and Legal Judgments», in *The Jury Expert*, 21, pp. 11-23 .

Inbar Y., Pizarro D.A. e Bloom P. (2009), «Conservatives are More Easily Disgusted than Liberals», in *Cognition and Emotion*, 23, pp. 714-725 .

Inbar Y., Pizarro D.A., Knobe J. e Bloom P. (2009), «Disgust Sensitivity Predicts Intuitive Disapproval of Gays», in *Emotion*, 9, pp. 435-439 .

Isay R. (1989), *Essere omosessuali. Omosessualità maschile e sviluppo psichico*, Raffaello Cortina, Milano 1996 .(1996), *Becoming Gay: The Journey to Self-Acceptance*, Pantheon, New York .

Jurist E.L., Slade A. e Bergner S., a cura di (2008), *Da mente a mente. Infant research, neuroscienze e psicoanalisi*, Raffaello Cortina, Milano 2010 .

Kass L.R. (2002), *La sfida della bioetica. La vita, la libertà e la difesa della dignità umana*, Lindau Editore, Torino 2007 .

Katz J.N. (2007), *The Invention of Heterosexuality*, University of Chicago Press, Chicago .

Kendler K. et al. (2000), «Sexual Orientation in a U.S. National Sample of Twin and Nontwin Sibling Pairs», in *American journal of Psychiatry*, 157, pp. 1843- 1846 .

Kennett J. (2002), «Autism, Empathy and Moral Agency», in *The Philosophical Quarterly*, 52, pp. 340-357 .

Keysers C. e Gazzola V. (2007), «Integrating Simulation and Theory of Mind: From Self to Social Cognition», in *Trends in Cognitive Sciences*, 11, pp. 194-196 .

Keysers C., Kaas J. e Gazzola V. (2010), «Somatosensation in Social Cognition», in *Nature Reviews Neuroscience*, 11, pp. 417-428 .

Kolnai A. (2004), *On Disgust*, Open Court Publishing, La Salle .

Lacan J. (1955), «La cosa freudiana», in *Scritti*, Einaudi, Torino 1974, p. 393 .

Lalli C. (2009), *Buoni genitori. Storie di mamme e papà gay*, il Saggiatore, Milano .

Lamm C, Batson C.D. e Decety J. (2007), «The Neural Substrate of Human Empathy: Effects of perspective-taking and Cognitive Appraisal», in *Journal of Cognitive Neuroscience*, 19, pp. 42-58 .

Lange M. (2000), *Natural Laws in Scientific Practice*, Oxford University Press, Oxford .

Laqueur T. (1990), *Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud*, Harvard University Press, Cambridge, MA .

Law S.A. (1988), «Homosexuality and the Social Meaning of Gender», in *Wisconsin Law Review*, marzo-aprile, pp. 187-235 .

Lennon K. (2004), «Imaginary Bodies and Worlds», *Inquiry*, 47, pp. 107-122 .

LeVay S. (1991), «A Difference in Hypothalamic Structure between Heterosexual and Homosexual Men», in *Science*, 253, pp. 1034-1037 . (1993), *The Sexual Brain*, Mit Press, Cambridge, MA . (1996), *Queer Science: The Use and Abuse of Research into Homosexuality*, Mit Press, Cambridge, MA .

LeVay S. e Hamer D. (1994), «Evidence for a Biological Influence in Male Homosexuality», in *Scientific American*, 270(5), pp. 44-49 .

Lingiardi V. (1997), *Compagni d'amore. Identità e mito nelle omosessualità maschili*, Raffaello Cortina, Milano .(2004), *Citizen gay. Famiglie, diritti negati, salute mentale*, il Saggiatore, Milano .(2006), «Genere», in Barale, Bertani, Gallese, Mistura e Zamperini, a cura di, *Dizionario storico di psicologia, psichiatria, psicoanalisi, neuroscienze*, Einaudi, Torino, pp. 461-468 .(2007), «Dreaming Gender: Restoration and Transformation», in *Studies in Gender and Sexuality*, 8, 4, pp. 313-

331 ..(2008), «Il senso dell'orientamento», in *Psiche. Rivista di cultura psicoanalitica*, xvi, 2, pp. 49-60 .

Lingiardi V. e Luci M. (2006), «L'omosessualità in psicoanalisi», in *Rigliano e Gra- glia* (2006), pp. 1-72 .

Lingiardi V. e Nardelli N. (2007), «Spazio zero. Minority stress e identità omosessuali», in *Omosapiens 2. Spazi e identità queer*, Carocci, Roma, pp. 3-17 .

Liotti G. (2001), *Le opere della coscienza: psicopatologia e psicoterapia nella prospettiva cognitivo-evoluzionista*, Raffaello Cortina, Milano . a cura di (2010), «Introduzione», in *Gabbard G.O., Le psicoterapie*, Raffaello Cortina, Milano, pp. 175-182 .

Lithwick D. (2010), «Why Has a Divided America Taken Gay Rights Seriously? A Philosopher Credits the Power of Imagination», in *Hufington Post*, 8 marzo .

Lyons W. (1980), *Emotion*, Cambridge University Press, Cambridge.

Maibom H. (2007), «The Presence of Others», in *Philosophical Studies*, 132, pp. 161-190 .

Manera G. (2007), «Se un'elevata conflittualità tra i genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) escluda l'applicazione in concreto dell'affidamento condiviso», in *Diritto di Famiglia*, 4, p. 1702 .

Marchesini R., a cura di (2004), «Omossessualità e normalità: colloquio con Joseph Nicolosi», in *Studi cattolici*, novembre 2004, n. 525, pp. 830-832 .

Massad J. (2007), *Desiring Arabs*, Chicago University Press, Durham .

Mayer H. (1975), *I diversi*, Garzanti, Milano 1977 .

Menninghaus W. (1999), *Ekel: Theorie und Geschichte einer starken Empfindung*, Suhrkamp, Frankfurt., trad. ingl. *Disgust. Theory and History of a Strong Sensation*, State University of New York Press, Albany 2003 .

Meyer I.H. e Northridge M.E. (2006), *The Health of Sexual Minorities. Public Health Perspectives on Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender Populations*, Springer, New York .

Mikkola M. (2007), «Gender Sceptics and Feminist Politics», in *Res Publica*, 13, pp. 361-380 .

Mill J.S. (1858), *Saggio sulla libertà*, il Saggiatore, Milano 2009 .

Miller W.I. (1997), *The Anatomy of Disgust*, Harvard University Press, Cambridge, MA .

Minsky M. (2006), *The Emotion Machine: Commonsense Thinking, Artificial Intelligence, and the Future of the Human Mind*, Simon & Schuster, New York .

Mitchell S.A. (1978), «Psychodynamics, Homosexuality, and the Question of Pathology», in *Psychiatry*, 41, pp. 254-263 .

Montalti M. (2007), *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna .

Morin S.F. e Garfinkle E.M. (1978), «Male Homophobia», in *Journal of Social Issues*, 34, 1, pp. 29-47 .

Moscatti M.F. e Puyal H. (2009), «Case Note: "The Third Gender Case" Decision of the Supreme Court of Nepal on the Rights of Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual and Intersex People», in *Journal of Comparative Law*, 4, 2, pp. 291-297 .

Moss, D., a cura di (2003), *Hating in the First Person Plural. Psychoanalytic Essays on Racism, Homophobia, Misogyny, and Terror*, Other press, New York .

Mosse G.L. (1978), *Il razzismo in Europa. Dalla origini all'Olocausto*, Laterza, Roma-Bari 1994 . (1985), *Sessualità e nazionalismo. Mentalità borghese e rispettabilità*, Laterza, Roma-Bari .

Mumford S. (2004), *Laws in Nature*, Routledge, London .

Nagel T. (1974), «What Is It Like to Be a Bat?», in *Philosophical Review*, 83, pp. 435-450 .

Nichols S. e Stich S. (2003), *Mindreading*, Clarendon Press, Oxford.

Nicholson L. (1998), «Gender», in Jaggar A.M. e Young I.M., a cura di, *A Companion to Feminist Philosophy*, Blackwell Publishers Inc., Maiden, MA .

Nussbaum M.C. (1986, 2001), *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, il Mulino, Bologna 2004 .(1997), *Coltivare l'umanità. I classici, il multiculturalismo, l'educazione contemporanea*, Carocci, Roma 2006 .(2000), *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, il Mulino, Bologna 2001 .(2001), *L'intelligenza delle emozioni*, il Mulino, Bologna 2004 .(2004), *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma 2005 .(2006), *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità,*

appartenenza di specie, il Mulino, Bologna 2007 .(2010), Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica, il Mulino, Bologna 2011 . (2011), Creating Capabilities: The Human Development Approach, Harvard University Press, Cambridge, MA .

Nussbaum M.C e Sunstein C.R., a cura di (2004), Animal Rights: Current Debates and New Directions, Oxford University Press, Usa .

Okin S.M. (1996), «Sexual Orientation and Gender: Dichotomizing Differences», in Estlund D.M. e Nussbaum M.C., a cura di, Sex, Preference, and Family, Oxford University Press, New York .

Olatunji B.O. e McKay D. (2008), Disgust and Its Disorders: Theory, Assessment, and Treatment Implications, American Psychological Association .

Oudshoorn N. (1994), Beyond the Natural Body: An Archaeology of Sex Hormones, Routledge, London .

Panksepp J. (1998), Affective Neuroscience: The Foundations of Human and Animal Emotions, Oxford University Press, New York-Oxford .

Paterlini P. (2004), Matrimoni gay, Einaudi, Torino .

Pawelski J.G., Perrin E.C., Foy J.M. et al. (2006), «The Effects of Marriage, Civil Union, and Domestic Partnership Laws on the Health and Well-Being of Children», in Pediatrics, 118, pp. 349-364 .

Penna S. (1970), Tutte le poesie, Garzanti, Milano .

Phelan S. (2001), Sexual Strangers: Gays, Lesbians, and Dilemmas of Citizenship, Temple University Press, Philadelphia .

Pierce C. (1995), «Gay Marriage», in Journal of Social Philosophy, 26,2, pp. 5-16, reperibile all'indirizzo internet <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9833.1995.tb00067.x/abstract> .

Pillard R. (1998), «Biologic Theories of Homosexuality», in Journal of Gay & Lesbian Psychotherapy, 2, pp. 75-85 .

Plutchik R. (2001), «The Nature of Emotions», in American Scientist, 89, pp. 344-350 .

Potter E. (1993), «Gender and Epistemic Negotiation», in Alcoff L. e Potter E., a cura di, feminist Epistemologies, Routledge, New York .

Puar J. (2007), Terrorist Assemblages: Homonationalism in Queer Times, Duke University Press, Durham .

Pugmire D. (2005), *Sound Sentiments: Integrity in the Emotions*, Edinburgh University Press, Edinburgh .

Raja S. e Stokes J.P. (1998), «Assessing Attitudes Toward Lesbian and Gay Men: The Modern Homophobia Scale», in *Journal of Gay, Lesbian and Bisexual Identity*, 3, pp. 113-134 .

Remotti F. (2008), *Contro natura*, Laterza, Bari .

Rhode D. (1997), *Speaking of Sex: The Denial of Gender Inequality*, Harvard University Press, Cambridge, MA .

Rich A.C. (1980), «Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence», in Id., *Blood, Bread and Poetry. Selected Prose 1979-1985*, Norton, New York 1986 .

Rigliano P. e Graglia M. (2006), *Gay e lesbiche in psicoterapia*, Raffaello Cortina, Milano .

Rigotti F. (2009), «Essere madri», in Vassallo N., a cura di, *Donna m'apparve*, Codice Edizioni, Torino, pp. 31-46 .

Rizzolatti G. e Craighero L. (2004), «The Mirror Neuron System», in *Annual Review of Neuroscience*, 27, pp. 169-192 .

Rizzolatti G., Fogassi L. e Gallese V. (2001), «Neurophysiological Mechanisms Underlying the Understanding and Imitation of Action», in *Nature Neuroscience Reviews*, 2, pp. 661-670 .

Rosenbaum M. (2009), *Dare to be Human: A Contemporary Psychoanalytic Journey*, Routledge, London .

Rozin P. e Fallon A.E. (1987), «A Perspective on Disgust», in *Psychological Review*, 94, pp. 23-41 .

Rozin P., Haidt J. e McCauley C.R. (2008), «Disgust», in Lewis M., Haviland-Jones J.M. e Barrett L.F., a cura di, *Handbook of Emotions*, terza edizione, Guilford Press, New York, pp. 757-776 .

Ruddick S. (1989), *Maternal Thinking: Toward a Politics of Peace*, Ballantine Books, New York .

Sanchez J. (2004), «Discussing Disgust. On the Folly of Gross-Out Public Policy. An Interview with Martha Nussbaum», in *Reason Magazine* (reason.com), 15 luglio .

Sedgwick E.K. (1990), *Epistemology of the Closet*, University of California Press, Berkeley, CA .

Shanley M.L. (2001), *Making Babies, Making Families: What Matters Most in an Age of Reproductive Technologies, Surrogacy, Adoption, and Same-Sex and Unwed Parents*, Beacon Press, Boston .

Snyder C.R. (2006), *Gay Marriage and Democracy: Equality for All*, Rowman & Littlefield, Lanham .

Solomon D. (2009), «Questions for Martha Nussbaum», in *The New York Times*, 10 dicembre .

Stueber K. (2006), *Rediscovering Empathy: Agency, Folk Psychology, and the Human Sciences*, MIT Press, Cambridge, MA .(2008), «Reasons, Generalizations, Empathy, and Narratives: The Epistemic Structure of Action Explanation», in *History and Theory*, 47, pp. 31-43 .

Swoyer C. (1982), «The Nature of Natural Laws», in *Australasian Journal of Philosophy*, 60, pp. 203-223 .

Thagard P. (2006), *Hot Thought: Mechanisms and Applications of Emotional Cognition*, MIT Press, Cambridge, MA .

Theweleit K. (1987), *Fantasie virili*, il Saggiatore, Milano 1997 .

Tin L.G. (2008a), *Dictionary of Homophobia: A Global History of Gay & Lesbian Experience*, Arsenal Pulp Press, Vancouver .

(2008b), *L'invenzione della cultura eterosessuale*, :duepunti edizioni, Palermo 2010 .

Uhlmann E.L., Pizarro D.A., Tannenbaum D. e Ditto P.H. (2009), «The Motivated Use of Moral Principles», in *Judgment and Decision Making*, 4, pp. 479-491 .

Vassallo N. (2009), «Donna m'apparve», in Vassallo N., a cura di, *Donna m'apparve*, Codice Edizioni, Torino, pp. 131-147 .

Vassallo N. (2011), «Voglia di donna, voglia di donne», in Michelet J., *La strega*, Rizzoli, Milano, pp. 5-39 .

Wainright J.L., Russell S.T. e Patterson C.J. (2004), «Psychological Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents with Same-Sex Parents», in *Child Development*, 75, pp. 1886-1898 .

Warner M. (1999), *The Trouble with Normal. Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life*, Harvard University Press, Cambridge, MA .

Weinberg G. (1972), *Society and the Healthy Homosexual*, St. Martin's Press, New York .

Wells A. (2000), *Emotional Disorders and Metacognition: Innovative Cognitive Therapy*, Wiley, New York .

Whitman W. (1891-1892), *Foglie d'erba*, Mondadori, Milano 1991 .

Wilson J.Q. (1996), «Against Homosexual Marriage», in Commentary, 101, pp. 34-39 .

Winkler M.M. e Strazio G. (2011), L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, il Saggiatore, Milano .

Wise L. (1986), «The Distinction between Sympathy and Empathy: To Call Forth a Concept a Word is Needed», in Journal of Personality and Social Psychology, 50, pp. 314-321 .

Wittgenstein L. (1953), Ricerche filosofiche, Einaudi, Torino 1967 .

Wollheim R. (2000), On the Emotions, Yale University Press, New Haven .

Woodward J. (1992), «Realism about Laws», in Erkenntnis, 36, pp. 181-218 .

Worell J., a cura di (2001), Encyclopedia of Women and Gender: Sex Similarities and Differences and the Impact of Society on Gender, Academic Press, San Diego, CA .

Zita J.N. (1998), Body Talk: Philosophical Reflections on Sex and Gender, Columbia University Press, New York .

SITOGRAFIA

<http://nohomonationalism.blogspot.com/2010/06/judith-buder-refuses-berlin-pride.html>

www.zhanghuan.com

www.apa.org/pi/parent.html

<http://www.arcigay.it/nuova-costituzione-ecuador>

<http://xenu.com-it.net/txt/mancino.htm>

DISGUSTO E UMANITA'

Chiunque degradi un altro degrada me, e qualunque cosa è fatta o detta ritorna su di me, alla fine... Io pronuncio la primeva parola d'ordine, do il contrassegno della democrazia, per Dio! Io non accetterò niente di cui tutti non possano avere negli stessi termini...

WALT WHITMAN,

Canto di me stesso Per la grande idea. L'idea dei perfetti e liberi individui, Per questo il bardo precede gli altri, guida le guide, La sua attitudine conforta gli schiavi, desta l'orrore dei despoti stranieri .

La libertà non può estinguersi, l'uguaglianza non può retrocedere, Esse vivono nei sentimenti dei giovani, delle donne [...]

WALT WHITMAN

Ringraziamenti

Sono estremamente grata a Geoffrey Stone per avermi invitata a scrivere questo libro, per il suo sostegno durante l'elaborazione del progetto e per i suoi dettagliati commenti sulle bozze dei capitoli. Tra le molte persone che mi hanno dato suggerimenti preziosi nelle prime fasi di questo lavoro desidero ricordare Mary Anne Case, Elizabeth Emens, David Halperin, Andrew Koppelman, James Madigan, Cass Sunstein and Kenji Yoshino. Per i loro utili commenti sulle prime bozze ringrazio Mary Anne Case, Daniel Groll, Bernard Harcourt, Todd Henderson, Brian Leiter, Richard McAdams, Ariel Porat, Richard Posner, James Staihar, Lior Strahilevitz, Madhavi Sunder, Helga Varden e David Weisbach. Sono particolarmente grata a Rosalind Dixon, David Halperin, Andrew Koppelman, Saul Levmore e Jonathan Masur per aver letto o riletto il manoscritto nelle fasi conclusive e per aver scritto lunghi commenti. Ma in realtà, dal momento che mi sono dedicata a questo tema per molti anni, i miei debiti sono di gran lunga più numerosi. In particolare desidero menzionare David Halperin, Richard Posner e gli scomparsi Peter Cicchino e John J. Winkler, che hanno influenzato profondamente le mie idee su questo argomento, sia attraverso i loro scritti sia attraverso le loro generose discussioni .

Prefazione

Dal disgusto all'umanità

«Quando ero in terza media ho capito che cosa volevano dire le mie fantasie sugli uomini, che non sarebbero andate via e che dovevo farci i conti. Ero terrorizzato.» Queste sono le parole riferite da un gay allo psicologo sociale Ritch Savin-Williams, il cui rivoluzionario studio sull'adolescenza dei maschi gay contiene decine di racconti simili.¹ Quel giovane era terrorizzato, ovviamente, perché sapeva di avere davanti a sé un futuro difficile nella società americana. In qualche misura ne aveva anche interiorizzato le attitudini: studente presso una scuola evangelica, era stato educato a provare orrore e disgusto per la condotta che desiderava, e a ritenerla spregevole o animalesca, non adeguata alla piena dignità di un essere umano. Molti altri giovani gay intervistati da Savin-Williams erano sereni rispetto ai propri sentimenti, tuttavia anche loro erano consapevoli di avere davanti una strada difficile, perché molte persone, quando non loro stessi, avrebbero guardato a quei desideri e comportamenti con disgusto. «Sapevo che questa era [...] la strada che volevo» scrive un altro giovane riflettendo sulle sue prime esperienze sessuali con altri adolescenti maschi «ed ero consapevole di percorrerla. Sapevo che altri avrebbero potuto in qualche modo percepire ciò che ero, e che avrebbero pensato che era una cosa disgustosa.»²

Questo libro, benché dedicato ad argomenti astratti di diritto costituzionale, riguarda fundamentalmente il divario che quegli adolescenti vedevano davanti a sé: tra quanti possono «in qualche modo sentire» cosa prova un adolescente gay, e quanti semplicemente considerano quei desideri, e senz'altro gli adolescenti stessi, «una cosa disgustosa». Per lungo tempo la nostra società, come molte altre, ha affrontato gli orientamenti e i comportamenti omosessuali in base a una politica del disgusto, nella misura in cui molti individui hanno reagito alla scomoda presenza di gay e lesbiche con un'avversione profonda,

simile a quella suscitata dagli escrementi, dagli insetti viscidati e dal cibo avariato, e poi citato questa stessa reazione per giustificare una gamma di restrizioni giuridiche, dalle leggi antisodomia al divieto dei matrimoni gay. I sostenitori della politica del disgusto possono a malapena sopportare il pensiero di ciò che quell'adolescente faceva con i suoi amici: «Quella roba mi fa venire da vomitare» dicono, e voltano le spalle alla realtà della vita gay come se si trattasse di una ripugnante contaminazione della comunità. Anche solo osservare ciò che fa quell'adolescente gay significa essere contaminati. Essere guardati da un uomo gay è probabilmente anche peggio, perché vuol dire essere penetrati dall'agente contaminante. Questa prospettiva politica, benché negli ultimi anni abbia perso terreno, continua a influenzare il modo di pensare di molti.

In questi termini, il disgusto appare negativo, un rifiuto fondamentale della piena umanità dell'altro. Si potrebbe quindi pensare che costituisca un cattivo fondamento per l'attività legislativa in una società democratica. E esso, tuttavia, ha avuto sostenitori di grande influenza e prestigio nel campo giuridico. In Gran Bretagna, negli anni cinquanta, Lord Patrick Devlin sosteneva che il disgusto provato da un qualsiasi membro della società costituiva un motivo sufficiente per rendere una pratica illegale, anche se questa non arrecava alcun danno a terzi non consenzienti. Lord Devlin applicò direttamente la propria conclusione alla proposta della commissione Wolfenden di decriminalizzare le pratiche sessuali consensuali tra persone dello stesso sesso, proposta alla quale era fermamente contrario. Devlin argomentò che la società si sarebbe disintegrata dall'interno se non avesse legiferato in risposta ai sentimenti di disgusto con cui la gente comune vedeva (così egli sosteneva) le pratiche omosessuali. Più recentemente, negli Stati Uniti, Leon Kass, a capo del Consiglio di bioetica durante la presidenza Bush, ha affermato che la ripugnanza ha una propria inerente «saggezza»: si tratterebbe di un dispositivo connaturato per distoglierci da scelte terribili e distruttive. Come Devlin, Kass ha concluso che il disgusto è una ragione sufficiente per vietare una pratica anche se questa non comporta alcun danno a una terza parte non consenziente.³ E non si tratta di posizioni meramente accademiche: esse sono in sintonia con ampie forze sociali. Oggi, importanti frazioni della destra cristiana praticano apertamente una

politica basata sul disgusto. Presentando le pratiche sessuali delle lesbiche e, ancor più, dei gay come turpi e rivoltanti, affermano che tali pratiche contaminano e corrompono la società, producendo decadenza e degenerazione. Come Kass e Devlin, ritengono che il disgusto costituisca una valida guida per l'attività legislativa. Benché l'influenza di queste rivendicazioni abbia forse raggiunto il culmine negli anni ottanta e novanta, e da allora sia in declino, la politica del disgusto continua a esercitare la propria influenza, spesso in modi più sottili e impliciti. È nostro compito quindi comprendere perché non costituisce un buon approccio alla politica e al diritto in una società democratica .

La politica del disgusto è in profonda contraddizione con l'idea astratta di una società fondata sull'eguaglianza di tutti i cittadini, nella quale tutti hanno diritto a un'eguale protezione da parte della legge. Afferma che il semplice fatto che ci sia qualcosa di te che mi suscita il vomito sia un motivo sufficiente perché io ti tratti come un paria sociale, negandoti alcuni dei tuoi più fondamentali diritti di cittadino. Come vedremo, persino la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato che la deferenza del diritto verso questa sorta di «ostilità» viola il principio di eguaglianza della legge nella sua forma più elementare e generale. Essa viola anche un paradigma fondamentale della razionalità politica: le leggi emanate in risposta a questa ostilità sono prive di un fondamento razionale .

Nonostante le sconfitte subite negli ultimi anni sul piano giuridico, la politica del disgusto è viva e vegeta nell'America di oggi, dal momento che diversi gruppi illustrano con accanimento le pratiche omosessuali in modo da suscitare disgusto, e poi attingono a questa reazione nelle proprie campagne contro la legalizzazione dei matrimoni gay o le leggi antidiscriminazione. Tali appelli, di questi tempi, sono spesso considerati non politicamente corretti e così sempre più spesso vengono portati avanti altri argomenti. Il disgusto, tuttavia, non è venuto meno, è diventato sotterraneo. C'è ancora bisogno di comprendere il suo potere, e perché i ragionamenti che vi si basano costituiscano pessimi argomenti politici. Uno studio più attento dell'emozione del disgusto e dei modi in cui è stata usata politicamente nel corso della storia ci suggerirà alcuni ottimi argomenti contro gli apostoli del disgusto sia in teoria sia nella pratica, rivelando in che modo quell'emozione esprima un universale disagio umano nei

confronti della realtà corporea, ma poi usi quello stesso disagio per colpire e subordinare minoranze vulnerabili.⁴ Il disgusto oggi ha due avversari, entrambi sempre più influenti nella vita sociale, politica, e persino giuridica: rispetto ed empatia. L'idea di un eguale rispetto per le persone, un concetto chiave nella storia della democrazia americana, associata all'alta considerazione della libertà personale suggerisce a molti cittadini che, anche nel caso non abbiano una buona opinione delle scelte intime di altri, devono lasciare loro lo spazio di seguirle, nella misura in cui non violano i diritti di qualcuno. Una tale politica di eguale rispetto/eguale libertà è stata a lungo la norma nel campo religioso, dove siamo abituati all'idea di dover convivere su una base di rispetto con persone le cui scelte consideriamo cattive, o persino peccaminose, e all'idea correlata che tali scelte personali profondamente significative richiedano, per tutti, la tutela di una sfera di libertà personale. L'oggetto del rispetto è l'individuo, non le sue azioni; ma rispettare i propri concittadini come eguali richiede, secondo una tradizione consolidata, vederli in quanto persone che compiono scelte e si pongono domande, e che hanno bisogno di un'ampia area di libertà intorno a sé, sia che usino quella libertà bene, sia che la usino male (nella misura in cui non calpestano i diritti degli altri). Molte persone percepiscono l'orientamento sessuale in modo analogo: come una caratteristica intimamente legata alla ricerca individuale di una vita dotata di senso, e quindi come qualcosa la cui limitazione o restrizione giuridica infligge un profondo danno psichico. L'eguale rispetto per tutti i cittadini, secondo molti, vieta di arrecare tale danno a coloro che cercano semplicemente di agire in base ai propri desideri senza violare i diritti degli altri.

Una politica di eguale rispetto costituisce ormai anche la norma negli ambiti del genere, della razza e della disabilità, dove siamo gradualmente giunti a riconoscere che caratteristiche profondamente radicate nella persona non costituiscono una base legittima per la sistematica subordinazione giuridica di un gruppo. Molti ritengono oggi che l'orientamento sessuale sia paragonabile in modi significativi a questi altri ambiti. Come la razza e il genere, l'orientamento sessuale è una caratteristica radicata che ha un significato profondo per gli individui, poiché ne influenza le possibilità di felicità ed espressione di sé, e non dovrebbe essere trasformato in una fonte sistematica di

diseguaglianza sociale. Oggi molti ritengono che l'eguale rispetto per i cittadini imponga, su una base di eguaglianza con gli altri, che l'orientamento sessuale non sia trasformato in un motivo per negare il godimento di un'ampia gamma di diritti politici - non più di quanto la razza, il genere o la disabilità possano costituire tale ragione .

Nella nostra tradizione costituzionale la politica dell'eguale rispetto va di pari passo con l'idea che il fondamentale portatore di diritti sia l'individuo, non il gruppo, e con la relativa idea che il rispetto per gli individui implichi la protezione di alcune sfere di libertà al cui interno essi possano fare scelte cruciali per le proprie vite. Definire e proteggere queste sfere di libertà personale è stato un compito fondamentale della nostra tradizione costituzionale. Questo tipo di politica costituzionale è anticollettivista: sostiene che gli interessi della maggioranza non possono mettere a tacere i diritti fondamentali dell'individuo, se non in circostanze eccezionali, solitamente laddove siano ipotizzabili danni ad altre persone o qualche grave pericolo per l'intera nazione. E una posizione politica che non è quella della sinistra contro quella della destra; è quella del liberalismo classico, in opposizione al collettivismo sia della sinistra sia della destra. Esploreremo in seguito questa opposizione per come si esprime nell'ambito della politica sessuale .

Quell'adolescente gay «terrorizzato» ha bisogno di, e merita, eguale rispetto e una sfera di libertà eguale a quella di cui godono gli altri. Prima che possa ottenerli, tuttavia, c'è qualcos'altro che deve essere presente nel nostro mondo: la capacità di immaginare la sua esperienza e quella di altri cittadini e cittadini gay e lesbiche. Il disgusto si basa sull'ottusità morale. È possibile considerare un altro essere umano come un verme viscido o un resto di spazzatura disgustosa solo se non si è mai fatto un serio tentativo in buona fede di vedere il mondo attraverso i suoi occhi o di provarne i sentimenti. Il disgusto attribuisce all'altro una natura subumana. In che modo, al contrario, possiamo riuscire a riconoscerci l'un l'altro come esseri umani? Solo attraverso l'esercizio dell'immaginazione. L'umanità non si rivela automaticamente agli estranei. Nessuna targa appesa al collo di un concittadino ci segnala che quello è un essere umano a pieno titolo (e non un insetto disgustoso o un resto di spazzatura). Nel vedere la sagoma di un essere umano davanti a noi, dobbiamo sempre fare delle

scelte: attribuiremo una piena, eguale umanità a quella forma o qualcosa di meno? Solo immaginando come si vede il mondo attraverso gli occhi di quell'individuo possiamo giungere a considerare l'altro come un qualcuno e non un qualcosa (purtroppo, le minoranze razziali sono state viste a lungo come un qualcosa invece che un qualcuno, abitudine che, di questi tempi, continua a essere valida per le donne, a causa di una persistente «reificazione» sessuale che considera l'individuo alla stregua un semplice oggetto).⁵ Questo cruciale sforzo immaginativo è stato tristemente e dolorosamente assente dal modo in cui la maggioranza ha guardato alle vite dei gay e delle lesbiche .

Oggi un certo numero di fattori sociali comincia a modificare questa situazione. Fondamentale tra questi è il coming out di così tanti gay e lesbiche, ciascuno figlio di due genitori e amico e collega di molte persone, ciascuno con una storia personale, un nome e occhi nei quali gli altri erano abituati a guardare con la certezza di vederci dell'umanità. Quando la persona dichiara la propria omosessualità, è solitamente difficile revocare quel riconoscimento di umanità a favore della consueta immagine carica di disgusto. Anche i genitori più scioccati e critici raramente arrivano al punto di pensare al proprio figlio o alla propria figlia come a nient'altro che un verme schifoso. La maggior parte dei genitori è molto più benevola, e questo influenza il loro modo di vedere gli altri gay e le altre lesbiche .

Accanto a questo sviluppo, un ulteriore fattore è la presenza crescente di gay e lesbiche nella politica, nelle arti, negli sport, nelle università e in altri luoghi in cui la gente è solita cercare modelli di riferimento, nonché, cosa forse ancora più importante, nei media tradizionali, dove innumerevoli spettatori imparano a identificarsi con le loro storie e le loro emozioni. Will & Grace non è una lezione di sociologia, ma ha avuto un'influenza sociale di gran lunga superiore a tutti i trattati sull'argomento messi insieme, perché spinge gli eterosessuali a identificarsi con le emozioni di Will nella sua ricerca di amore, a ridere della vanità e della frivolezza di Jack in modo complice e aperto piuttosto che severo e a comprendere come una persona eterosessuale, Grace, debba la propria stabilità emotiva alle attenzioni generose di Will (ricordando quindi agli eterosessuali che i gay non sono vittime patetiche, ma agenti morali e sociali creativi) .

Tutti questi sviluppi hanno dato origine a quella che chiamerò la politica dell'umanità, un atteggiamento politico che coniuga il rispetto con la curiosità e la capacità di immaginare l'altro e di sintonizzarsi con lui (la parola «umanità» era usata proprio in questo senso da Adam Smith nel xviii secolo per descrivere la capacità di lasciarsi coinvolgere in modo generoso e aperto nelle sofferenze e nelle speranze di altre persone. Il termine è tuttavia molto più antico, e risale almeno al filosofo e statista romano Cicerone, che usava il termine *humanitas* per indicare un tipo di sensibilità nei confronti degli altri che includeva soprattutto la capacità di immaginare le loro esperienze).⁶ La politica dell'umanità, nell'accezione che userò, include il rispetto. Ma il rispetto, per come è solitamente inteso, non è sufficiente: dev'esserci anche qualcos'altro, qualcosa di più prossimo all'amore. Anzitutto, è improbabile poter raggiungere un pieno rispetto reciproco se prima non facciamo un passo ulteriore, se non vediamo l'altro come un centro di percezione, emozione e ragione, piuttosto che come un oggetto inerte. In questi termini, può sembrare che questa attitudine emotiva e immaginativa sia un mero mezzo per raggiungere un rispetto che potrebbe essere conseguito in qualche altro modo. Tuttavia, il rispetto privo di questa attitudine non è certamente una base esaustiva per l'azione politica in una società eterogenea: perché solo l'immaginazione può animare le fredde e astratte categorie della morale e del diritto, trasformandole in modi possibili del nostro vivere insieme. Dunque, il rispetto è politicamente incompleto senza l'immaginazione.

Si potrebbe, tuttavia, avanzare una rivendicazione più forte, come farò nelle prossime pagine: la capacità di sviluppare una partecipazione immaginativa ed emotiva alle vite degli altri è un ingrediente essenziale di ogni rispetto degno di questo nome. Solo questa capacità rende concreto un elemento fondamentale del rispetto: la capacità di vedere l'altro come un fine e non come un semplice mezzo. La politica dell'umanità include, quindi, sia il rispetto sia l'immaginazione, dove l'immaginazione è intesa come un ingrediente essenziale del rispetto.

Viviamo un'era di transizione tra due tipi di politica nei confronti dell'orientamento sessuale profondamente diversi. La politica del disgusto, che fino a questo momento ha dettato le regole, è posta di fronte a una sfida senza precedenti da parte della politica dell'umanità, dal momento che le storie personali di così tanti omosessuali hanno

catturato l'immaginazione di molti, i quali vedono sempre più le battaglie di gay e lesbiche per il rispetto, l'inclusione e persino il matrimonio con quella empatia con cui potrebbero partecipare alle battaglie di un figlio, un amico, un familiare o un collega; e ovviamente la maggior parte di noi ha figli, amici, familiari o colleghi gay o lesbiche. La politica del disgusto, tuttavia, continua a contrattaccare, e il risultato, sul piano del diritto, resta incerto. Anche quando pensiamo di esserci lasciati il disgusto alle spalle, possiamo venire colti di sorpresa nel momento in cui si affrontano questioni relative all'Hiv/Aids, alle saune per gay o al sesso in luoghi pubblici .

Questo libro indagherà tutti questi temi, mostrando che cosa è stata la politica del disgusto e perché sia indegna dell'America, e delineando i contorni di una politica dell'umanità. La mia attenzione sarà rivolta soprattutto al diritto costituzionale, ma gli argomenti che presenterò qui hanno implicazioni con il nostro modo di vedere molti dei problemi connessi. Cominciando dai noti casi costituzionali riguardanti le leggi antisodomia e le leggi antidiscriminazione, proseguirò con la controversa questione dei matrimoni gay, passando in rassegna i problemi giuridici e i relativi dibattiti sociali. Infine, mi chiederò quali siano le implicazioni del diritto alla relazione intima per quanto riguarda il sesso in pubblico, i sex club, le saune e il sesso senza preservativo a fronte del rischio di trasmissione dell'Hiv, e sosterrò che in tali ambiti l'impulso a reagire con disgusto continua a essere molto potente - e con effetti devastanti - nel determinare tanto le norme sociali quanto l'attività legislativa .

Il passaggio da una politica del disgusto a una politica dell'umanità coinvolge quasi ogni aspetto della società americana. Le idee sulla famiglia, il lavoro, il bene comune, fanno tutte parte del concetto di politica dell'umanità, e questa politica deve essere praticata più e più volte in ciascuno di questi ambiti, in ogni parte del Paese, ogni volta che emerge una nuova tematica. Come il processo del coming out, che spesso sembra non finire mai, dal momento che possono sempre esserci persone che non sono a conoscenza dell'orientamento di un individuo, allo stesso modo il processo di trasformazione degli atteggiamenti sociali è sfaccettato e richiede un nuovo sforzo ogni volta che una nuova istanza o un nuovo gruppo deve essere affrontato e persuaso. In ultima analisi, il processo implica una trasformazione al livello del

cuore umano, e questo significa avere un'enorme pazienza. Tuttavia, queste ampie e profonde trasformazioni sociali sono già in corso, anche se il loro futuro è incerto .

La trasformazione che suggerisco richiederà anche alcuni cambiamenti in diversi ambiti giuridici. Il diritto di famiglia, le leggi antidiscriminazione, la legislazione sul lavoro stanno affrontando un complesso insieme di sfide e riconsiderazioni, la maggior parte delle quali potrà a malapena essere accennata in un libro dedicato a questioni di diritto costituzionale .

Perché, allora, si dovrebbe pensare che il diritto costituzionale abbia un qualche ruolo significativo da svolgere in questa trasformazione? Tale ambito del diritto sembra così astratto e formale, così concentrato su principi politici e diritti fondamentali, così, diciamo, legalistico, che appare difficile collegarlo a una cosa così pratica come lo sforzo di un adolescente gay di trovare rispetto e comprensione .

E tuttavia, o almeno questo è quanto cercherò di dimostrare, la sfera del diritto costituzionale è stata, e continua a essere, profondamente rilevante per la politica dell'umanità, proprio perché riguarda i diritti più fondamentali che tutti abbiamo come cittadini, i modi più basilari e generali in cui diamo senso alla vita politica della nostra comunità ed esprimiamo i suoi scopi più profondi. Idee come il principio dell'eguaglianza della legge o il principio delle libertà fondamentali sono astratte, ma non inanimate. Sono realtà vive, che vanno debitamente articolate e rese reali nella vita di ogni cittadino, se vogliamo che le parole della Costituzione non rimangano solo, appunto, delle belle parole .

Si potrebbe essere d'accordo con quest'idea e ciò nonostante continuare a dubitare che l'«umanità», definita come qualcosa che richiede non solo rispetto, ma anche immaginazione simpatetica e sensibilità per la complessità delle circostanze altrui, sia rilevante per il diritto costituzionale. Tuttavia, quando i casi raggiungono la Corte Suprema americana, si tratta in genere di casi difficili sul piano forense, ai quali l'analisi giuridica formale non ha fornito una soluzione univoca. Nel dirimere tali casi, i giudici devono cercare di agire da esseri umani, e tentare di comprendere i problemi nel loro contesto storico e culturale con un occhio ai significati umani a cui tali problemi danno corpo.⁷

Come vedremo, alcuni casi della Corte Suprema relativi all'orientamento sessuale mostrano una notevole ottusità morale, che presuppone il fallimento di una sottostante capacità di immaginazione. Altri, invece, mostrano lo sforzo della Corte di considerare gli esseri umani nel loro contesto storico e di comprendere il significato umano dei temi in esame. Cercherò di spiegare in che modo la capacità di sviluppare non solo rispetto, ma anche simpatia e immaginazione, possa, debba e occasionalmente riesca a ispirare i più nobili processi del giudizio costituzionale .

La mia immaginazione su questo argomento è stata messa in moto dalla persona alla quale dedico questo libro: l'attore Herbert Foster, che per molti anni ha impersonato una grande varietà di ruoli shakespeariani nonché di altre rappresentazioni al New York Public Theater. Ho conosciuto Herb a sedici anni ed ero una giovane apprendista attrice per le rappresentazioni estive del Berkshire Playhouse, dove lui era uno stimato attore professionista. Herbert è stato il primo gay che ero consapevole di conoscere, dal momento che avevo vissuto una vita molto chiusa nei sobborghi di Philadelphia (sembra appropriato parlare di un luogo, chiuso, in cui si nasconde l'ignoranza sui gay socialmente imposta, così come di un luogo, chiuso, in cui ci si nasconde come individui).⁸ Facevamo coppia nella scena del ballo in *My Fair Lady*; danzammo insieme come Lord e Lady Tarrington (benché lui interpretasse anche altre parti più significative). Mi presi una gran cotta per Herb, semplicemente perché sembrava (ed era) molto più gentile della maggior parte degli altri uomini in circolazione (il teatro, per quanto sia meraviglioso, ha la sua buona dose di persone sgradevoli). Quando mi resi conto che era gay e conobbi il suo partner che veniva a trovarlo da New York, rimasi delusa, ma cominciai anche a riflettere. Pensai a quanto fosse strano che la persona più piacevole di quell'ambiente dovesse vivere in una posizione di quasi segretezza, almeno al di fuori del «piccolo mondo» del teatro (per usare la bella definizione di Ingmar Berman). Sarebbe stato bello se questi due uomini, che, in segno del loro impegno, si erano scambiati gli anelli con gli stemmi delle loro scuole, potessero di fatto fare ciò che gli uomini eterosessuali intorno a loro, per quanto egoisti, aggressivi o insensibili, potevano fare ogni giorno. Così ci

pensai a lungo, anche se io e Herb non ne parlammo mai, per rendermi conto in seguito che lui non immaginava che sapessi che fosse gay .

Nel 2008, dopo aver letto della sua carriera su Internet, gli scrissi una lettera in cui gli dicevo che lo ricordavo con piacere e gli raccontavo un po' del mio lavoro, compreso quello sui diritti degli omosessuali. Lui rispose con una lettera molto affettuosa e mi disse che era gay (confermando quindi l'idea che il processo di coming out non finisce mai, visto che in questo caso ci erano voluti 44 anni). Aveva lasciato il suo vecchio partner da tempo, ma poi, per molti anni, mi disse, aveva avuto, e tuttora aveva, una relazione seria e felice con un altro uomo. Poiché vivono a New York, città che ha deciso di riconoscere le unioni omosessuali legalmente contratte altrove, hanno ora l'opportunità che immaginavo nel 1964. Non mi interessa più di tanto se la vorranno cogliere o meno, questo è un fatto profondamente personale e io stessa ho sentimenti contrastanti in proposito, come vedrete. Ma mi interessa che abbiano la stessa «possibilità» di altri. La politica dell'eguale rispetto già include quell'eguaglianza di diritti fondamentali e opportunità. Per realizzarla, tuttavia, dobbiamo prima imparare a pensare l'uno all'altro con simpatia e immaginazione, ed è per questo che abbiamo bisogno di qualcosa di più ampio e profondo: la politica dell'umanità .

1.

La politica del disgusto: pratica, teoria, storia

Le pratiche sessuali tipiche degli omosessuali sono una storia dell'orrore da un punto di vista medico: immaginate di scambiare salive, feci, sperma e/o sangue con dozzine di uomini diversi all'anno. Immaginate di bere urina, ingerire feci e sperimentare traumi al retto periodicamente. Spesso questi incontri si svolgono tra persone ubriache, drogate, e/o in un contesto orgiastico. Per di più, molti di questi incontri avvengono in luoghi estremamente antiigienici (bagni, luridi peep show) o, dal momento che gli omosessuali viaggiano così spesso, in altre parti del mondo. Ogni anno, un quarto o più degli omosessuali visita un altro paese. Freschi germi americani vengono portati in Europa, Africa e Asia e freschi patogeni di quei continenti arrivano qui da noi. Omosessuali stranieri visitano regolarmente gli Stati Uniti e partecipano a questo traffico biologico .

PAUL CAMERON,
Medical Consequences of What Homosexuals Do

1. Il disgusto nella pratica: la politica sessuale americana

La politica americana sull'orientamento sessuale è stata per anni intrisa di richiami al disgusto. Fasi cruciali della nostra evoluzione politica hanno avuto origine da quei richiami, proprio come la nostra nuova ed emergente cultura giuridica è stata plasmata dal loro rifiuto. Anche se quei tempi sono forse passati, è importante capire da dove siamo partiti per arrivare alla situazione attuale, e perché dovremmo rigettare questo approccio politico .

E non dobbiamo pensare che la politica del disgusto sia sparita. Come il razzismo, il disgusto per i gay e le lesbiche è ora relativamente inaccettabile da un punto di vista sociale, almeno in molti contesti. Ma questo non significa che abbia smesso di influenzare il modo di pensare

degli individui. Molte argomentazioni morali in materia, apparentemente inoffensive, potrebbero essere solo una facciata per fini più oscuri. Dobbiamo quindi cercare di comprendere il disgusto e i suoi sostenitori meglio che possiamo prima di descrivere la «politica dell'umanità» verso la quale stiamo forse muovendo.

Esaminare un caso paradigmatico può essere utile: proviamo a pensare al lavoro di Paul Cameron, fondatore e presidente del Family Research Institute, un ente che pubblica continuamente scritti in materia e ha offerto la propria opinione in molte cause fondamentali sui diritti degli omosessuali. Uno dei più prolifici e noti oppositori dei diritti dei gay nell'America di oggi, Cameron ha esercitato una profonda influenza su altri professionisti che scrivono o fanno politica in quest'area, compreso Will Perkins, il principale propugnatore dell'Emendamento 2 del Colorado, dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema nel caso *Romer v. Evans*. Cameron servì da consulente nella stesura dell'Emendamento, e fu in seguito lautamente retribuito in qualità di esperto per lo Stato del Colorado nella vertenza che ne seguì. Le opinioni di Cameron possono apparire estreme, a volte persino bizzarre, però è importante essere consapevoli della loro vasta influenza politica. Inoltre, queste opinioni sono probabilmente più rilevanti di quanto non sembri: molti di coloro che negherebbero, spesso con sincerità, di credere alle argomentazioni di Cameron, sono probabilmente condizionati a un livello più profondo dalle immagini dell'omosessualità che esse trasmettono.

Nei suoi scritti Cameron parla di «omosessuali», ma in realtà, tranne poche eccezioni, si concentra solo sull'omosessualità maschile.¹ (Questo disconoscimento delle lesbiche è tipico dei suoi seguaci: per esempio, Peter LaBarbera, presidente di Americans for Truth, ha scritto a proposito di un evento gay a San Francisco: «La fiera di Folsom Street è nata come un evento rivolto principalmente ai sadomaschisti omosessuali, ma ora richiama molti etero, come mostrano le migliaia di donne presenti quest'anno».)² Quando Cameron e soci guardano all'omosessualità maschile sono ossessionati da immagini disgustose. Feci, saliva, urine, sperma, sangue: - questi fluidi corporei sono continuamente presenti nei loro scritti, accanto alle numerose menzioni di germi infetti. Nel passaggio citato in apertura, Cameron innanzitutto riduce le pratiche sessuali degli uomini gay a un insieme di rifiuti

corporei (ipoteticamente) disgustosi, per poi rincarare la dose, collegando quegli atti a «luoghi antiigienici» (ma i bagni non sono necessariamente luoghi antigienici, e i peep show, ammesso che siano luridi, lo sono in senso metaforico, non letterale), infine, aggiunge all'impasto un oggetto di disgusto tipicamente americano: i microbi stranieri. Gli uomini gay, a quanto pare più di altri, sono viaggiatori che portano la sporcizia americana negli altri paesi e, quel che è peggio, riportano la sporcizia di altri paesi qui da noi (qui Cameron piega ai propri scopi - senza citarne la fonte - l'antico stereotipo dell'ebreo come giramondo senz'attecchimento e «cosmopolita», un cliché che come vedremo è intimamente legato al disgusto come razionalità politica).³ Cameron è evidentemente più interessato a suscitare disgusto che a offrire un'analisi razionale. Richiama ossessivamente l'attenzione sulla centralità della fellatio nel rapporto sessuale tra uomini, e poi scrive, in un passaggio rappresentativo: «Lo sperma contiene molti dei microbi trasportati dal sangue. Per questo motivo, i gay che praticano sesso orale rasentano il consumo di sangue umano, con tutti i rischi sanitari che questo comporta».⁴ Nemmeno una volta, tuttavia, Cameron si sofferma a considerare la frequenza della fellatio nei rapporti tra eterosessuali (c'è molta malafede in materia, dato che si professa disgusto per atti che sono comuni nelle relazioni eterosessuali), né si interroga sui pericoli del rapporto vaginale, nel quale, in base alla sua teoria sulla somiglianza tra sperma e sangue umano, le donne riceverebbero sangue umano, «con tutti i rischi sanitari che questo comporta». Analogamente, la sua fissazione per la natura ipoteticamente disgustosa del rapporto anale trascura il fatto che questa pratica è comune anche tra gli eterosessuali (in alcune culture, anzi, è tra le più comuni forme di contraccezione).⁵ Cameron non offre alcun supporto alla tesi che lo sperma e l'urina siano particolarmente «antiigienici». L'urina in realtà è sterile, a meno che non vi sia un'infezione dei reni o del tratto urinario, lo sperma, dal canto suo, non è particolarmente ricco di patogeni, e per quanto riguarda il sangue, benché molti lo trovino inquietante e persino disgustoso, anch'esso non è particolarmente carico di microbi. Ciò che rende pericolosa la ricezione del sangue di qualcun altro nelle proprie vene è la possibilità che sia del tipo sbagliato, ma questo non ha niente a che vedere con il fatto di ricevere sangue nella bocca o nel ventre. Bere sangue umano di

per sé non è più pericoloso che mangiare una bistecca poco cotta. Per quanto riguarda la saliva, in effetti è vero che è particolarmente piena di germi - motivo per cui un morso umano è di solito considerato molto più pericoloso del morso di un cane o un gatto - e tuttavia, se ne possiamo trarre qualche conclusione, è che il bacio, una delle pratiche sessuali più romanticizzate, è particolarmente «disgustoso» e pericoloso. Ovviamente, Cameron si astiene dal trarre tale conclusione .

Cameron sembra particolarmente ansioso di descrivere, più e più volte, quello che chiama «sesso fecale»: «Circa l'80% dei gay ammette di leccare e/o inserire la lingua nell'ano del partner e di ingerire quindi feci in quantità significative da un punto di vista medico. Coloro che le mangiano o se ne cospargono sono probabilmente esposti a un rischio ancora maggiore».6 Il «sesso fecale» coniuga la sporcizia delle feci a quella della saliva. Poiché molti ritengono che questa pratica sia relativamente rara tra gli eterosessuali (benché non esistano dati affidabili), gli esempi portati servono a rendere esotico quello che si descrive come disgustoso .

In un certo senso, quello che Cameron sembra trovare disgustoso, e che vuole che anche il lettore trovi tale, è il corpo umano in sé nella sua quotidianità: i suoi fluidi, i suoi odori, il suo sangue... La sua natura animale, potremmo dire. Questa retorica colpisce nel segno perché la maggior parte degli esseri umani non è completamente a proprio agio con il fatto di avere un corpo animale. Concentrando l'attenzione su aspetti del corpo che molti individui, se non la maggioranza, vedono con disagio, Cameron gonfia quelle caratteristiche fino a trasformarle in qualcosa di davvero minaccioso e rivoltante. D'altra parte Cameron allevia questo disagio dicendo: quella roba disgustosa è là fuori, nel corpo dell'uomo gay. Non è dentro di voi e nelle vostre relazioni intime, gli etero non eiaculano, il loro sangue non contamina i corpi degli altri con sostanze pericolose, i loro baci sono asettici. Il lettore che Cameron ha in mente si sente disgustato, ma anche rassicurato: io non c'entro niente e la mia vita sessuale non ha niente a che vedere con queste cose.

La retorica usata da Cameron ha un duplice obiettivo: ispirare semplice repulsione e disgusto per gli uomini gay, e legare le loro pratiche all'idea di malattia e di pericolo. Di conseguenza, l'epatite B e l'Aids sono spesso descritti come probabili conseguenze del comportamento ipoteticamente disgustoso. L'appello alla paura della

malattia contiene un riferimento ulteriore al disgusto: in questa descrizione le malattie sono trasportate da «germi» e «patogeni», e i lettori sono portati a immaginare microbi disgustosi che strisciano via dal corpo dell'uomo gay per arrivare nei loro corpi (ipoteticamente) puliti. Di fatto, l'omosessualità stessa diventa ben presto uno di quei microbi disgustosi: «L'omosessualità» scrive Cameron «è un appetito contagioso, con conseguenze personali e sociali».7 Cameron denuncia spesso l'ipotetica promiscuità degli uomini gay, ma i gay monogami non se la passano molto meglio. Uno dei suoi argomenti contro la legalizzazione del matrimonio gay è che gli uomini che hanno relazioni monogame hanno maggiori probabilità di dedicarsi a pratiche «sporche» e «rischiose» come i rapporti senza preservativo. Il matrimonio gay, conclude, è «un pericolo sanitario» che «non solo espone gli omosessuali a un rischio maggiore di contrarre l'Hiv e altre malattie sessualmente trasmesse, ma li sottopone anche a un rischio maggiore di violenza domestica e morte prematura» .

Cameron impregna i propri studi con tavole, grafici e statistiche, e pubblica articoli su riviste «accademiche» inventate dal suo gruppo o dai gruppi affiliati.8 È inoltre a capo di un istituto privato, l'Institute for the Scientific Investigation of Sexuality (Isis, Istituto per l'indagine scientifica della sessualità) che sostiene di fare ricerca sociologica a livello nazionale. Cameron, tuttavia, non ha alcuna credibilità scientifica: è stato espulso sia dall'American Psychological Association sia dall'American Sociological Association (Asa), e le sue ricerche sono state più volte denunciate come pura propaganda travestita da sapere scientifico. L'Asa ha scritto: «Il dottor Cameron ha ripetutamente equivocado e mistificato la ricerca sociologica su sessualità, omosessualità e lesbismo». Nemmeno una delle sue analisi è stata pubblicata su una rivista scientifica rispettabile, con standard di referaggio rigorosi. E tuttavia gli scritti di Cameron continuano a essere continuamente utilizzati nella battaglia per limitare i diritti dei gay e sono spesso citati persino dai tribunali. Nel 2003, la sua ricerca fu citata dall'opinione dissenziente nel caso della Corte Suprema del Massachusetts che ha portato alla legalizzazione del matrimonio omosessuale. Nel 2004, Cameron è stato ancora citato dalla Corte Suprema della Florida in una decisione che ratificava una legge che proibiva l'adozione alle coppie dello stesso sesso.9

Cosa vuole ottenere Cameron? Anzitutto, vuole impedire la legalizzazione del matrimonio omosessuale e porre fine alle leggi antidiscriminazione che tutelano gay e lesbiche. Il suo lavoro ha ispirato i pamphlet distribuiti durante la campagna a favore dell'Emendamento 2 in Colorado, nei quali si sosteneva che gli uomini gay mangiano feci e bevono sangue, e lui stesso ha condotto una campagna contro un'ordinanza antidiscriminazione a Lincoln, nel Nebraska. Cameron, del resto, era anche decisamente a favore delle leggi antisodomia, quando erano ancora in vigore. «Distruggi il sistema omosessuale» proclamava una mostra allestita dalla sua organizzazione; «Punisci gli atti omosessuali». Ha proposto, inoltre, di revocare agli omosessuali il diritto di viaggiare: nella stessa mostra si poteva leggere «Ferma il flusso: taglia i viaggi degli omosessuali».10

La retorica di Cameron, tuttavia, suggerisce qualcosa di ancora più inquietante. In base a quanto riportato dall'Associated Press, nel 1987 disse: «Bisogna diagnosticare e mettere in quarantena finché non troviamo una cura. I diritti sono fuori controllo nella nostra società, specialmente quelli sessuali. Nella nostra società gli omosessuali venivano impiccati trecento anni fa». Nel 1994 il suo braccio destro, il reverendo Bill Banuchi, direttore esecutivo del ramo newyorchese della Christian Coalition, ha affermato che i gay dovrebbero essere obbligati per legge a indossare una targhetta con un'avvertenza, come quelle sui pacchetti di sigarette, o, potremmo aggiungere, come i triangoli rosa che i gay dovevano indossare durante il nazismo, ora un simbolo dell'orgoglio gay.11 Cameron è un estremista, e benché il suo tipo di estremismo sia stato e continui a essere molto influente, ciò che conta di più è che egli rappresenta la versione radicale di qualcosa di estremamente diffuso. Come vedremo, il disagio che gli individui provano per i propri corpi odorosi, decadenti e sin troppo mortali è stato continuamente e ripetutamente proiettato su gruppi che fungono, per così dire, da surrogato della sporcizia di una comunità, permettendo al gruppo dominante di sentirsi pulito e puro. Sono in molti in America a proiettare sui gay questo tipo di disgusto, in particolare gli uomini etero. Persino i liberali dotati delle migliori intenzioni possono essere sopraffatti dal disgusto quando immaginano le pratiche sessuali tra uomini gay, o quando pensano che un uomo gay li stia guardando e stia fantasticando su di loro. Quindi Cameron non fa altro che attingere

ingegnosamente a un fenomeno culturale diffuso negli Stati Uniti, che poi sfrutta e ingigantisce .

L'ansia da disgusto non è certamente l'unico fattore a condizionare le politiche ostili alla piena eguaglianza di gay e lesbiche nella vita americana, ci sono svariati argomenti che vengono avanzati in relazione a tematiche specifiche (come l'ordinanza antidiscriminazione del Colorado o la questione del matrimonio omosessuale) e alcuni sembrano razionali. Cercherò di dimostrare, tuttavia, che questi ragionamenti non giustificano di per sé le conclusioni che ne traggono i loro sostenitori, a volte perché si fondano su falsità (sulle famiglie omosessuali, le molestie sui bambini ecc.), e a volte semplicemente perché non giustificano una conclusione così estrema come quella suggerita. L'appello al disgusto, talvolta sottile e altre volte fin troppo esplicito, è stato una componente cruciale della strategia antigay .

2. Il disgusto in teoria: Devlin e Kass

Come può un senso diffuso di disgusto nei confronti di un determinato gruppo giustificare leggi che lo discriminano? A prima vista si potrebbe pensare che non vi sia alcuna connessione, e di fatto è così, come cercherò di dimostrare. Il disgusto, tuttavia, è stato autorevolmente difeso come un legittimo, e persino cruciale, fondamento dell'attività giuridica. Prima di riflettere sul motivo per cui non costituirebbe una fonte legittima o affidabile, quindi, dobbiamo cercare di comprendere le argomentazioni dei suoi sostenitori .

Accreditati paladini del disgusto come criterio di regolamentazione giuridica della condotta sono Lord Patrick Devlin, un giurista inglese, e di fatto un «signore della legge» che negli anni cinquanta ha prodotto scritti influenti sul disgusto e il diritto, e Leo Kass, uno studioso di bioetica statunitense e professore presso l'Università di Chicago, che tra il 2002 e il 2005 è stato presidente del Consiglio presidenziale sulla bioetica. Le argomentazioni di Devlin e Kass sono piuttosto diverse, ma entrambi giungono alla conclusione che il comune senso di disgusto nei confronti di una pratica costituisca una ragione sufficiente per proibirla legalmente, anche se coinvolge solo parti consenzienti e non viola i diritti di parti non consenzienti. Il

bersaglio principale della critica di Devlin era la proposta di decriminalizzare i rapporti omosessuali tra individui consenzienti. Il centro delle argomentazioni di Kass prevede la possibilità della clonazione umana, ma ha suggerito che le restrizioni proposte andrebbero applicate a un'ampia gamma di pratiche, rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso compresi .

I ben noti saggi sulla morale pubblica di Devlin furono scritti in risposta al rapporto della commissione Wolfenden del 1957, che raccomandava la depenalizzazione delle pratiche omosessuali consenzienti tra adulti.¹² Egli concordava con la commissione sul fatto che la libertà personale costituisse un importante valore sociale che non dovrebbe essere limitato se non in presenza di un forte interesse pubblico. Sosteneva, tuttavia, che ogni società per sopravvivere ha bisogno di una «morale stabilita» e ampiamente condivisa. L'«allentamento dei vincoli morali» è spesso un segno di «disintegrazione sociale». La società è quindi «giustificata nell'intraprendere in difesa del proprio codice morale le stesse misure adottate per tutelare il proprio governo e altre istituzioni fondamentali». Per illustrare l'idea di «disintegrazione», Devlin citò i pericoli dell'ubriachezza diffusa e dell'uso di droghe. Questi «vizi», sostenne, avrebbero impedito alla società di stringersi in difesa da un attacco nemico: «nel 1940 [una] nazione di debosciati non avrebbe saputo rispondere adeguatamente all'appello di Winston Churchill a sangue, fatica, sudore e lacrime».¹⁵ Per Devlin, gli omosessuali erano «debosciati», «tossici» la cui immersione nell'attività sessuale sarebbe stata incompatibile con il ruolo di cittadini affidabili (peraltro non addusse mai alcuna prova alla sua tesi della maggiore dipendenza dal sesso degli omosessuali rispetto agli eterosessuali). Concluse quindi che le pratiche omosessuali sono come il consumo di droga: entrambi dovrebbero essere criminalizzati, poiché la tutela di un codice morale condiviso è necessaria per evitare il naufragio della società .

Non tutte le minacce al codice morale di una società sarebbero tali da giustificare un intervento giuridico, sostenne Devlin. È necessario adottare un criterio che permetta di determinare quando si è superato il limite oltre il quale la società non deve più tollerare la condotta immorale, per il bene della libertà. Poiché Devlin vedeva l'immoralità come un'infezione che indebolisce il corpo politico, non era disposto a

adottare il principio di John Stuart Mill secondo il quale solo il prospetto immediato di danni a terzi autorizzerebbe l'adozione di misure restrittive: la condotta di adulti consenzienti può comunque minare la solidarietà sociale perché allenta la presa della morale stabilita. Dal momento che Devlin non intendeva considerare IL danno ad altri come criterio di REGOLABILITÀ giuridica, ne aveva bisogno di uno diverso per stabilire quando la soglia di regolabilità fosse stata raggiunta. Fu il disgusto, una forma molto intensa di disapprovazione, a fornirgli questo criterio. Quando un qualsiasi membro della società - Devlin lo chiama «l'uomo dell'omnibus» -¹⁴ prova disgusto al pensiero di un comportamento che non lo riguarda direttamente, possiamo concludere che quel comportamento è «un vizio talmente abominevole che la sua sola presenza costituisce un reato» .

In altre parole, Devlin non stava parlando dei casi in cui il disgusto è provocato da una sollecitazione concreta a un atto omosessuale. Né si riferiva a un comportamento pubblico che potesse comportare un'offesa diretta a chi vi avesse assistito. Stava parlando di ciò che il rapporto Wolfenden proponeva di decriminalizzare: atti sessuali privati e consensuali. Devlin ipotizzava che l'uomo dell'autobus provasse disgusto al solo pensiero che pratiche di quel tipo potessero aver luogo nella sua società. In presenza di una reazione così intensa, è lecito limitare la libertà personale emanando leggi contro il comportamento che l'ha provocata. La motivazione di tale restrizione non è paternalistica - «correggere» coloro che stanno vivendo «in modo sbagliato» -, è, piuttosto, autoprotettiva: la società difende se stessa punendo chi viola le norme morali convenzionali .

La posizione di Kass è diversa da quella di Devlin.¹⁵ Quest'ultimo era un conservatore burkeiano: faceva riferimento al disgusto perché gli sembrava un'espressione di convenzioni sociali profondamente radicate. Come Devlin, anche Kass rifiuta l'idea di Mill che gli individui debbano essere liberi di scegliere la propria condotta nella misura in cui questa arreca danno ad altre persone. Questo sarebbe per lui un mondo «in cui tutto è permissibile nella misura in cui è fatto liberamente, in cui la nostra innata natura umana non comanda più alcun rispetto». A differenza di Devlin, Kass non ha un rispetto particolare per la convenzione in quanto tale. E tuttavia ritiene che il disgusto costituisca un allarme affidabile che ci allontana dall'atrocità. Non è chiaro in che

modo funzionerebbe questo meccanismo, ma l'ipotesi più probabile è che egli ritenga la natura umana progettata intenzionalmente (forse da Dio) affinché le sue risposte viscerali ci diano importanti informazioni su ciò che è bene per noi. Il disgusto conterrebbe quindi una «saggezza» che giace alla base di ogni ragionamento razionale. Esso «si ribella agli eccessi della volontà umana, trattenendoci dal trasgredire ciò che è indicibilmente profondo».16 Né Devlin né Kass affrontano direttamente le conseguenze della loro posizione. Le società hanno provato un profondo disgusto per diversi tipi di pratiche e individui, inclusi membri delle caste e classi inferiori, stranieri, disabili, persone con deformità fisiche, ebrei e coppie interrazziali. O Devlin e Kass sostengono che tale disgusto costituisca un criterio giuridico accettabile, sufficiente a permetterci di ricoprire questi individui di proibizioni o svantaggi giuridici, o devono introdurre alcuni distinguo. La prima opzione non sarebbe accettabile per la maggior parte degli individui dotati di un senso di giustizia, ma chiaramente Devlin e Kass non percorrono neanche l'altra possibilità, dal momento che non forniscono alcuna distinzione ma solo esempi che, di per sé, non dimostrano l'adeguatezza del disgusto a fungere da criterio giuridico. Devlin limita il proprio campione a persone affette da dipendenza, inclusi gli alcolisti, i tossicodipendenti e gli omosessuali (in qualità di sesso dipendenti), Kass cita un'ampia gamma di casi in cui viene procurato un danno reale a una parte non consenziente (incesto genitore-figlio, bestialità, stupro, omicidio e cannibalismo, che di solito è preceduto dall'omicidio). Un ovvio problema di tutti questi esempi è che non c'è bisogno di fare appello al disgusto per sostenere che sono comportamenti sbagliati; questi casi, infatti, potrebbero essere regolamentati seguendo Mill, dal momento che violano i diritti di altri e, di conseguenza, non possono essere usati per confutare l'idea di Mill stesso che il danno sia una condizione necessaria della regolamentazione giuridica.17 Né, d'altra parte, Kass fa i conti con casi come quelli elencati sopra, per i quali il disgusto (almeno in alcuni momenti, in alcuni luoghi) sembrerebbe evocare una regolamentazione giuridica, ma rispetto ai quali oggi riteniamo che tale regolamentazione sarebbe ingiusta. Sono i casi con cui si sarebbe dovuto confrontare, perché avrebbe dovuto fare i conti con il fatto che l'appello al disgusto suggerisce conclusioni che sono contrarie a quello che riteniamo giusto.

Invece, Kass semplicemente evita l'argomento e applica la sua conclusione al caso che gli interessa, la clonazione umana, per suggerire che il nostro (ipotetico) comune disgusto all'idea di questa pratica costituirebbe un motivo sufficiente per dichiararla illegale .

A dire IL vero, Kass non fa i conti neppure con le ovvie obiezioni alla sua tesi che nascono dall'esperienza quotidiana. I bambini piccoli, quando vengono a conoscenza delle realtà del rapporto eterosessuale, sono di solito disgustati, forse perché non amano essere messi di fronte alla realtà corporea dei loro genitori, avendoli pensati come figure superumane, o forse semplicemente perché tutti quei fluidi corporei appaiono loro disgustosi in modo irriflesso (è davvero difficile determinare se questo disgusto sia per l'oggetto primario o sia di tipo proiettivo). Per Kass questo è un bel problema, dato che l'esempio principale che vorrebbe elevare a paradigma del normale, del morale e del buono è la sessualità procreativa dei genitori di quei bambini. Un problema analogo nasce dal fatto che molte procedure mediche comuni (colonscopie, interventi a cuore aperto ecc.) sono comunemente percepite come disgustose, - e tuttavia non abbiamo mai neanche considerato l'idea di regolamentarle nel nome del nostro senso di disgusto .

A un certo punto Kass esprime preoccupazione per il modo in cui «alcune delle cose che ieri apparivano ripugnanti sono oggi tranquillamente accettate, anche se, bisogna aggiungere, non sempre è la scelta migliore».18 Poiché non ho motivo di pensare che Kass sia contrario alle unioni interrazziali, abbia nostalgia del sistema delle caste indiano, sia favorevole alle leggi antisemite o sostenga la diseguaglianza giuridica delle persone disabili, mi sembra probabile che si stia riferendo alle relazioni omosessuali, alle quali è fortemente contrario. Ma Kass non ci aiuta a comprendere la differenza tra i rapporti omosessuali e questi altri casi; non ci spiega perché il disgusto sarebbe semplicemente venuto meno, se è davvero così affidabile; e non dà alcuna indicazione su come distinguere il tipo di disgusto che potrebbe avere una pertinenza giuridica dai tipi più evanescenti e meno rilevanti .

In sintesi, Devlin e Kass non riescono a difendere le proprie tesi. Questo non dimostra, tuttavia, che abbiano torto (e infatti, uno dei ragionamenti di Devlin è che non dovremmo basare la legge sulla sola

ragione, ma dovremmo affidare l'attività legislativa a forze che giacciono al di sotto dell'argomentazione razionale). Ciò che sostengono risuona senz'altro con aspetti importanti delle vite emotive degli esseri umani. Gli individui provano profondo disgusto verso certe pratiche e, per estensione, verso i gruppi che vi si dedicano. Credono che queste pratiche costituiscano una minaccia per il tessuto sociale, e di solito sono ben disposti a emanare leggi in risposta a quella minaccia percepita. È quindi necessaria un'analisi più attenta dell'emozione del disgusto, prima di poter concludere che è inopportuno che una società liberaldemocratica usi questa emozione come fondamento della propria attività giuridica .

3. Disgusto: un'emozione inaffidabile

Il disgusto sembra essere un'emozione particolarmente viscerale.¹⁹ Concordiamo tutti sul fatto che emozioni come il lutto, la compassione e la rabbia siano influenzate dall'apprendimento sociale. Quali perdite sono significative? Di chi dovremmo prenderci cura? Quali sono i danni per cui è lecito arrabbiarsi? Queste domande sono parte integrante della crescita dei bambini all'interno del contesto sociale in cui vivono e le norme sociali apprese nel cercare una risposta a tali domande esercitano un'influenza profonda sulle loro emozioni. Quindi se i bambini apprendono che gli animali sono bestie che non soffrono, difficilmente proveranno compassione per il dolore di quelli allevati per il macello in spazi ristretti. Se i membri di un gruppo ritengono di avere meno diritti e privilegi di quello dominante, saranno meno inclini a provare rabbia per la loro subordinazione (quest'assenza di rabbia è stata per molto tempo una componente integrale della subordinazione delle donne). Il disgusto, tuttavia, sembra una cosa diversa: sembra essere una risposta corporea profonda ad alcuni odori, sensazioni e alla vista di certe scene, che ha poco a che fare con ciò che abbiamo appreso o con il nostro modo di vedere il mondo .

Negli ultimi vent'anni, tuttavia, un'importante ricerca sperimentale dello psicologo Paul Rozin e di alcuni colleghi ha dimostrato definitivamente che il disgusto ha una forte componente cognitiva.²⁰ Ciò che le persone trovano disgustoso dipende fondamentalmente

dall'idea che hanno dell'oggetto. Il disgusto dunque non è semplicemente un'avversione dei sensi: se ai soggetti di un esperimento si chiede di annusare lo stesso odore proveniente da due fiale diverse, e si dice loro che una contiene feci e l'altra formaggio, essi saranno perlopiù disgustati dalla prima ma non dalla seconda. Il disgusto non coincide neppure con il senso del pericolo: i soggetti di un altro esperimento mangeranno funghi velenosi se convinti che il veleno sia stato estratto, ma rifiuteranno di ingoiare uno scarafaggio anche se sono sicuri che sia stato disinfettato; rifiuteranno persino di ingoiare uno scarafaggio chiuso in una capsula di plastica che riemergerà, non digerita, nelle feci.²¹ Il disgusto, rileva Rozin, riguarda i confini del corpo. Il suo elemento fondamentale è l'idea di contaminazione: la persona disgustata si sente infettata dall'oggetto, pensando che sia in qualche modo penetrato nel suo sé. Esperimenti ulteriori hanno dimostrato che dietro quest'idea di contaminazione personale risiede il concetto del «siamo quello che mangiamo»: se introduci nel tuo corpo qualcosa di spregevole o turpe, lo diventi anche tu .

Che cos'è, allora, che le persone non vogliono essere o diventare? I cosiddetti oggetti primari del disgusto sono quelli che ci ricordano l'animalità e la vulnerabilità umana: feci, altri fluidi corporei, cadaveri, animali, insetti soprattutto, dotati di caratteristiche analoghe (viscidi, sporchi, puzzolenti). Rozin conclude che sono la sporcizia e il tanfo dell'umanità stessa a fare da sottofondo a tutte le manifestazioni più circoscritte del disgusto. Non tutti gli aspetti della nostra animalità sono disgustosi: forza e velocità, per esempio, non lo sono.²² Gli aspetti che troviamo repellenti sono quelli associati alla morte e alla decomposizione .

Quando gli individui provano disgusto esprimono, di conseguenza, un'avversione nei confronti di aspetti fondamentali di ciò che definisce ogni essere umano. Si sentono contaminati da ciò che ricorda loro questi aspetti, che spesso preferiscono nascondere. Tali avversioni hanno quasi certamente una base evolutiva, rafforzata dal processo di apprendimento: i bambini non manifestano disgusto fino ai due o tre anni, quando imparano a usare il water. Questo significa che la società ha modo di dare forma e significato all'emozione, indirizzandola verso certi oggetti piuttosto che altri, come accade per la rabbia e la compassione .

In quasi tutte le società, il disgusto si riferisce solitamente a un gruppo di oggetti primari-, feci, sangue, sperma, urina, muco, sangue mestruale, cadaveri, carne in decomposizione e insetti viscidati o puzzolenti (nei suoi esperimenti, Rozin rileva che benché il sangue non sia percepito come disgustoso quando è all'interno del corpo, lo diventa quando ne fuoriesce; lo stesso sembra valere per il latte materno, che molte persone, incluse le madri stesse, trovano disgustoso da bere). Le lacrime sembrerebbero l'unica secrezione del corpo umano a non essere considerata disgustosa, forse perché, in quanto caratteristica esclusivamente umana, non ci ricorda i nostri legami con il resto del regno animale. Il disgusto per gli oggetti primari non intercetta l'intera gamma delle sostanze pericolose: non siamo disgustati da fattori patogeni che non vediamo, e lo siamo da sostanze viscidate, sporche o puzzolenti ma non pericolose. In ogni caso, il disgusto per gli oggetti primari costituisce di solito uno strumento euristico utile, che ci fa ritirare dal pericolo quando non c'è tempo per un'analisi approfondita .

Il disgusto passa quindi da un oggetto all'altro in modi che sfuggono al controllo del fondamento razionale. Questa sorta di disgusto esteso è ciò che chiamo disgusto proiettivo. Rozin chiama i principi di proiezione del disgusto «leggi della magia simpatetica». Una di queste idee magiche è che se l'oggetto A è disgustoso e B assomiglia ad A, allora anche B è disgustoso. È per questo che gli individui rifiutano di mangiare una minestra rimestata con un acchiappamosche o di bere da un urinale sterilizzato. Un'altra idea magica è quella di contagio: gli oggetti che sono entrati in contatto fra loro anche una sola volta non smettono mai di esercitare effetti reciproci. Quindi, se si mette uno scarafaggio morto in un bicchiere di succo di frutta, gli individui rifiuteranno di bere quel tipo di succo di frutta anche in seguito; respingono abiti ben lavati che siano stati indossati da una persona con una malattia infettiva e alcuni rifiutano qualunque abito di seconda mano .

Il disgusto proiettivo è determinato dalle norme sociali, perché le società insegnano ai propri membri a identificare gli ipotetici fattori contaminanti annidati al loro interno. Tutte le società, sembra, definiscono alcuni esseri umani come disgustosi. Molto probabilmente si tratta di uno stratagemma per proteggere in modo più sicuro il gruppo dominante dalla paura della sua stessa animalità: se questi semiumani

stanno tra me e il mondo dell'animalità disgustosa, io sono più lontano dall'essere mortale/decadente/puzzolente/viscido. Il disgusto proiettivo raramente ha un legame attendibile con il pericolo vero e proprio, si nutre di fantasia e produce subordinazione. Benché risponda a un profondo bisogno umano - quello di percepire se stessi come puri e gli altri come impuri - si tratta di un bisogno il cui rapporto con l'equità sociale appare (ed è) altamente discutibile .

Il disgusto proiettivo (che implica la proiezione delle caratteristiche del disgusto su un gruppo o un individuo) assume svariate forme, ma implica sempre un qualche tipo di associazione tra il gruppo ipoteticamente disgustoso e gli oggetti primari del disgusto. Talvolta questo accade tramite un'insistenza sullo stretto legame concreto del gruppo con l'oggetto primario: gli intoccabili nel sistema castale indiano erano quelli che si occupavano di pulire le latrine e di portare via i cadaveri; le donne sono considerate da molti uomini particolarmente vicine al sangue e altri fluidi corporei in virtù della loro sessualità ricettiva, del parto e del mestruo, fonte ricorrente di norme di «intoccabilità» .

Spesso, tuttavia, questa associazione di idee segue percorsi più fantasiosi, e imputa a individui o gruppi proprietà simili a quelle considerate disgustose negli oggetti primari: cattivo odore, vischiosità, putrefazione, infezione, decomposizione. Come al solito, queste proiezioni non hanno alcun fondamento reale. Gli ebrei non sono veramente viscidii o simili a scarafaggi, anche se gli antisemiti tedeschi, nonché Hitler, sostenevano fossero così; gli afroamericani non hanno un odore meno gradevole degli altri esseri umani, anche se i razzisti dicevano di sì e spesso, anche quando sussiste un qualche aspetto di quella che ho chiamato connessione pratica, questo meccanismo di proiezione attribuisce sporcizia o contaminazione dove non vi è alcun motivo di farlo. Gandhi, per esempio, ha osservato che gli «intoccabili» avevano in realtà abitudini più igieniche di quelle delle caste superiori, ed erano quindi meno soggetti al rischio di contrarre il colera: defecavano nei campi, lontano dalle loro abitazioni, mentre le caste superiori usavano pitili che venivano poi svuotati fuori dalle finestre nei canali di scolo. Il disgusto proiettivo, quindi, implica una duplice fantasia: sulla sporcizia dell'altro, e sulla propria purezza. Entrambi i

versanti di questa proiezione si fondano su presupposti falsi ed entrambi conducono a una politica di tipo gerarchico .

Le società hanno molti modi di stigmatizzare le minoranze vulnerabili.²³ Il disgusto non costituisce l'unico meccanismo di stigmatizzazione, ma è potente e cruciale e, quando viene meno (quando, per esempio, non è più presente l'avversione al contatto fisico con un membro di una minoranza razziale), altri tipi di gerarchia tendono a sparire con esso .

Non deve sorprenderci il fatto che la sessualità sia un ambito nel quale il disgusto compare di frequente. Il rapporto sessuale implica lo scambio di fluidi organici, e ci qualifica come esseri corporei piuttosto che come creature angeliche trascendenti, per questo motivo il sesso costituisce una fonte d'ansia per chiunque provi ambivalenza rispetto alla propria natura animale e mortale - il che include molte persone, se non la maggioranza. Il disgusto per l'oggetto primario gioca quindi un ruolo di rilievo nelle relazioni sessuali nella misura in cui le sostanze corporee con cui gli individui entrano in contatto durante il rapporto sessuale (sperma, sudore, feci, sangue mestruale) sono molto spesso percepite come disgustose e contaminanti. Non dovrebbe inoltre stupirci che anche il disgusto proiettivo abbia un ruolo prominente nel campo sessuale. I membri di quasi tutte le società identificano un gruppo di attori sessuali come disgustosi o patologici, in contrasto con quelli «normali» o «puri» (una categoria che il più delle volte include loro stessi e il loro gruppo). Questa stigmatizzazione assume forme diverse: la misoginia ne è un esempio nella maggior parte delle culture, nella misura in cui gli uomini prendono le distanze dal proprio disagio associando i fluidi corporei con la donna che li riceve e non con i propri corpi.²⁴ Le descrizioni dispregiative delle donne come esseri disgustosi (viscide e colme di odori e fluidi discutibili) sono usate dagli uomini per prendere le distanze dalla propria animalità. Di fatto, nell'illustrazione vivida, per quanto estrema, offerta dal preminente studioso tedesco Otto Weininger all'inizio del xx secolo, la donna è semplicemente il corpo dell'uomo, «la controparte di una tendenza maschile [...] insradicabile, che spinge l'uomo verso il basso».²⁵ Si noti, ancora una volta, la duplice fantasia, della sporcizia altrui e della propria purezza, entrambe fondate su un'illusione ed entrambe foriere di una politica della subordinazione .

Detto questo, nelle società l'identificazione del disgusto rispetto ai gruppi di attori sessuali varia. Come approfondirò in seguito, gli uomini gay non sono sempre stati oggetto di disgusto per gli uomini eterosessuali, tuttavia, in quella che potremmo chiamare l'America di ieri - indicando con questo un periodo molto recente dal quale stiamo lentamente uscendo -, non c'è dubbio che il corpo dell'uomo gay sia stato un oggetto cruciale dell'ansia da disgusto, soprattutto per gli altri uomini. Le donne lesbiche possono essere oggetti di paura, indignazione morale o ansia generalizzata, ma sono state raramente oggetti di disgusto. Analogamente, le donne eterosessuali possono aver provato sentimenti negativi verso gli uomini gay - ancora una volta paura, indignazione morale, ansia - ma hanno sperimentato più raramente sentimenti di disgusto.

Dal momento che questo tipo di disgusto è ancora molto diffuso, anche se forse meno che in passato, possiamo usare il presente per descriverlo. Ciò che suscita tipicamente disgusto è l'idea che gli uomini hanno del maschio gay in quanto penetrabile analmente. Il pensiero di sperma e feci che si mischiano nel corpo di un uomo - per gli uomini, per i quali l'idea di non penetrabilità è un confine sacro che separa da tutto ciò che è appiccicoso, vischioso, e mortale è una delle idee più disgustose che si possano immaginare (l'idea della contaminazione attraverso la penetrazione ne costituisce probabilmente una componente centrale, ma il principio più generale è quello che descrive il corpo maschile come profanato dalla contaminazione di fluidi corporei; e la vicinanza di un corpo contaminato è di per sé motivo di contagio). La presenza di un gay nel quartiere evoca il timore di poter perdere la propria sicurezza asettica, di poter diventare ricettacolo di quei prodotti animali. Quindi il disgusto è in ultima analisi rivolto alla propria presunta penetrabilità e vischiosità, ed è per questo che l'uomo gay è guardato sia con disgusto sia con paura, in quanto predatore che può rendere chiunque altro disgustoso. Il solo sguardo di un uomo di questo tipo è contaminante, come dimostrato dalle incredibili discussioni sulle docce in caserma. Un'occhiata lanciata da un maschio è vissuta come contaminante perché implica un «tu puoi essere penetrato». E questo significa che sei probabilmente fatto di feci, sperma e sangue, e non della plastica rosea di un manichino. Perciò non è strano che (per gli uomini) il pensiero del rapporto omosessuale risulti ancora più

disgustoso del pensiero della sessualità riproduttiva, nonostante lo stretto rapporto di quest'ultima con la mortalità e il ciclo generazionale. Perché nel rapporto eterosessuale l'uomo immagina che non è lui ma un essere inferiore (la donna, in quanto animale) a ricevere la contaminazione di fluidi corporei inquinanti; nel rapporto omosessuale è costretto a immaginare di poter essere lui l'oggetto di una tale contaminazione. Ne nasce un bisogno più profondo di demarcazione dei confini .

Sono queste le ansie diffuse e profonde invocate, ed esasperate, da Paul Cameron e dai suoi alleati. Alcune importanti ricerche hanno recentemente dimostrato l'esistenza di una forte correlazione tra sensibilità al disgusto e atteggiamenti antigay, in particolare in merito alla sessualità gay e al matrimonio omosessuale.²⁶ L'astuta mossa di aggiungere germi e contagio da Hiv al miscuglio rende la retorica sul disgusto di Cameron molto potente negli Stati Uniti, un paese particolarmente salutista e germofobo .

A volte il richiamo al disgusto serve a difendere misure politiche che potrebbero essere giustificate in termini diversi e più pertinenti. Per esempio, siamo disgustati dall'idea di mangiare carne canina; i divieti sugli allevamenti canini per il consumo alimentare possono però essere difesi senza alludere a quella reazione e concentrandosi piuttosto sulla crudeltà contro i cani, che è già illegale di per sé.²⁷ Potremmo quindi talvolta far riferimento al disgusto senza perdere di vista la questione del danno e, anzi persino per sollecitare un'opposizione a quel danno. La mia tesi, tuttavia, è che la contaminazione del sé, il male al quale si riferisce il disgusto, costituisca un danno meritevole di regolamentazione solo quando si tratta di una contaminazione che produce un danno reale, come per esempio il fatto di essere costretti a vivere accanto a una fogna a cielo aperto. Come vedremo, questo tipo di disgusto verso gli oggetti primari esercita già correttamente un ruolo limitato nel diritto, ispirando parte del contenuto della legge sulla turbativa (vedi capitoli 3 e 6).²⁸

Nel disgusto proiettivo, al contrario, la contaminazione non è letterale e fisica, bensì immaginaria; come abbiamo visto, la proiezione di proprietà disgustose sui gruppi subordinati costituisce un modo tipico di stigmatizzarli in quanto malati e inferiori, e le fantasie che sorreggono quell'associazione non superano l'esame del controllo del

fondamento razionale. La mia tesi è che il disgusto proiettivo non abbia alcun ruolo nel giustificare la regolamentazione, a causa dell'irrazionalità normativa di questa emozione e del suo legame con lo stigma e la gerarchia .

Non è corretto concludere che una politica è sbagliata solo perché è sostenuta nei termini della retorica del disgusto, perché possono esserci argomentazioni migliori in suo favore. Il disgusto, tuttavia, spesso ci impedisce di cercare queste buone ragioni, creando l'impressione erronea che la politica sia stata già difesa adeguatamente. Invocare il disgusto per legittimare politiche che possono essere sostenute in altro modo è quindi pericoloso, perché ci distoglie dal continuare a cercare categorie difendibili razionalmente. E in più è un'emozione che ci incoraggia ad accettare gerarchie e confini non giustificabili nei termini di una tradizione politica fondata sull'eguale rispetto .

Anche coloro che ritengono che il disgusto costituisca comunque una ragione sufficiente per rendere certe pratiche illegali, tuttavia, dovranno concordare con un principio più elementare: il disgusto non offre alcuna buona ragione per limitare libertà o compromettere principi di uguaglianza che sono protetti dalla Costituzione .

4. Il disgusto in teoria: stigma e subordinazione

La ricerca scientifica sul disgusto ci suggerisce ottimi motivi per dubitare della sua adeguatezza come base per l'attività giuridica. Il disgusto verso gli oggetti primari se non altro segnala in certa misura un pericolo reale, e quando effettivamente è così, costituisce un principio che può essere accolto nelle leggi (per esempio sull'igiene, lo smaltimento dei cadaveri ecc.) che proteggono i cittadini da oggetti giustamente identificati come pericolosi. Il disgusto proiettivo non può essere accettabile come criterio. Il legame di questo tipo di disgusto con il disprezzo di sé, la sua generalizzazione fondata su leggi di «magia simpatetica» e la sua tendenza a imputare ad altri caratteristiche che sono presenti ma non riconosciute in se stessi sono tutti fattori che nel loro complesso rendono quel disgusto normativamente irrazionale e pieno di contraddizioni, e spingono a usare gli altri come capri espiatori

per la propria debolezza umana. Sentimenti individuali di ansia, paura e compassione possono essere mal riposti se basati su un'idea sbagliata di che cosa sia successo o su norme sociali indifendibili circa che cosa meriti di essere preso seriamente. Il disgusto proiettivo (quello implicato nei dibattiti sociali sull'omosessualità) è diverso, perché le sue manifestazioni principali implicano sempre qualcosa come il disprezzo di sé o l'autoinganno o il rifiuto di fare i conti con ciò che si è. Potremmo quindi dubitare della tesi di Leon Kass secondo la quale il disgusto conterrebbe una qualche «saggezza» illuminante .

Non abbiamo ancora risposto a Devlin, tuttavia, perché questi non fonda la sua posizione sull'idea che il disgusto offrirebbe una guida morale. Devlin si concentra solo sulla stabilità sociale, sostenendo che, se seguiamo le indicazioni offerte dal disgusto della persona qualunque, proteggeremo la società dalla disintegrazione. Per rispondergli ci rivolgeremo ora alla storia ed esamineremo alcuni dei modi in cui il richiamo al disgusto ha operato a livello sociale. Più o meno invariabilmente, il disgusto ha permesso al gruppo dominante di subordinare il gruppo dominato. Se questa è stabilità (e questi sistemi possono essere piuttosto stabili), non è il tipo di stabilità cui dovrebbe ambire una società liberal-democratica fondata sull'idea del pari valore di ogni cittadino .

La storia offre innumerevoli esempi di subordinazione basata sul disgusto. Abbiamo già discusso del suo ruolo nella sottomissione delle donne da parte degli uomini. Ci soffermeremo ora su due casi che ho già menzionato in precedenza: la gerarchia castale indiana e l'antisemitismo tedesco .

In base alle consolidate tradizioni induiste, un'ampia gamma di individui era categorizzata come «intoccabile». Facevano parte di questo gruppo le persone che, in virtù della loro occupazione (pulizia delle latrine, smaltimento dei cadaveri), entravano regolarmente in contatto con gli oggetti primari del disgusto. Anche se non esiste un legame razionale tra quell'occupazione e l'idea che la persona sia sporca e contaminata (come ha sottolineato Gandhi), possiamo quanto meno capire come sia nata questa associazione. La categoria, tuttavia, includeva molti altri individui il cui legame con la sporcizia era esclusivamente magico o simbolico, persone che svolgevano diversi i mestieri più vari; molti dalit,²⁹ per esempio, erano lavoratori agricoli.

Per un certo periodo di tempo, e ancora oggi, l'unico modo certo di identificare un dalit era il cognome; questi cognomi erano noti a tutti in India e dunque un dalit poteva essere immediatamente riconosciuto.³⁰ Grazie al potere della suggestione, le persone pensavano davvero che il tocco di un dalit fosse sporco e contaminante, e probabilmente molti lo pensano ancora oggi. Si rifiutavano di accettare cibo preparato o servito da loro. Il matrimonio con un dalit era, e in alcune zone lo è tuttora, assolutamente inconcepibile (idee analoghe di stigma e contaminazione hanno giocato un ruolo centrale nel razzismo verso gli afroamericani, come dimostra la loro esclusione da piscine e fontane pubbliche e il divieto delle unioni interrazziali).

Dal momento che queste idee sono così lontane da noi, temporalmente e geograficamente, possiamo vedere chiaramente che si tratta di idee irrazionali in senso normativo, prive di giustificazione e profondamente dannose. Ci appare assolutamente giusto che le pratiche associate all'intoccabilità siano state bandite dalla costituzione indiana, benché un tempo fossero cruciali nella religione indù. Quel disgusto non esprimeva alcuna saggezza, ma al contrario un'orribile violenza contro la dignità umana, l'ordine sociale che sosteneva poteva anche essere stabile, ma era gerarchico, ingiusto e indegno di una nazione fedele all'idea di eguale dignità e valore degli esseri umani.

Consideriamo ora il secondo esempio. Può apparire troppo facile criticare il disgusto associandolo al nazismo, ma scelgo proprio questo esempio perché esiste una vasta e utile letteratura al riguardo; le stesse conclusioni potrebbero essere illustrate con esempi diversi. L'immagine tipica nella propaganda antisemita tedesca dal Medioevo in poi dipingeva l'ebreo come disgustoso in svariati modi. Gli ebrei erano tipicamente descritti come essenzialmente «femminili» ed erano loro ascritte diverse caratteristiche associate alla categoria inferiore del femminile: cattivo odore, umori, sporcizia. Il prominente teorico tedesco della sessualità Otto Weininger scrisse un intero capitolo sostenendo che l'ebreo era di fatto una donna, contrapponendo sia gli ebrei sia le donne al puro sé trascendentale del maschio tedesco. I nazisti spinsero questo discorso ancora oltre, rappresentando gli ebrei come insetti disgustosi o altri animali nauseabondi, oltre che come germi, cellule cancerogene ed «escrescenze fungoidi». Il corpo del maschio tedesco era descritto come pulito e forte, ma l'ebreo poteva

penetrarlo, contaminarlo e farlo marcire (per Hitler l'ebreo era «un verme in un corpo in decomposizione»). Le rappresentazioni degli ebrei nella Germania nazista sono molto simili a quelle dei gay offerte da Paul Cameron, poiché entrambe fanno appello a forme fondamentali di disgusto, commiste a idee di contagio e di degenerazione. Ancora una volta, guardando al passato, possiamo vedere quanto fossero irrazionali queste posizioni e quanto danno abbiano causato .

Questi esempi non dimostrano che il disgusto sia sempre irrazionale e dannoso. Ma, se sommiamo a questi casi esemplari le analisi sperimentali dell'area e del modo in cui opera il disgusto, abbiamo ottime ragioni per dubitare della tesi di Devlin e di argomentazioni simili. L'analisi psicologica ha già dimostrato che Kass si sbaglia: il disgusto non è saggio, ma al contrario terribilmente ottuso. Gli esempi offerti dalla storia mostrano che il riferimento al disgusto come fonte del diritto causa spesso una gravissima lesione della dignità umana e che la solidarietà sociale che esso crea è spesso nociva. Se sommiamo gli esempi storici all'analisi psicologica, abbiamo buoni motivi per ritenere che queste violazioni avvengano con monotona regolarità: il disgusto proiettivo è ispirato da un profondo disprezzo di alcuni aspetti del sé e cerca tipicamente un facile capro espiatorio. L'idea di subordinare gli altri attribuendo loro caratteristiche ributtanti costituisce il nucleo centrale della dinamica del disgusto .

Cameron (e i suoi alleati) potrebbero controbattere sostenendo che il disgusto per gli uomini gay e i loro atti è diverso, perché è naturale e ineliminabile. La storia dimostra, tuttavia, che il disgusto verso un determinato gruppo appare sempre normale a coloro cui è stato inculcato. Il sistema castale indiano è durato per secoli proprio perché sembrava naturale, e ancora oggi le immagini di contaminazione e stigma continuano a esercitare una forte influenza, anche se nessuno che osservi quella cultura dall'esterno potrebbe capire quale sia la differenza se un cognome è Thorat o Ambedkar piuttosto che Chatterjee o Bagchi.³¹ Come accade spesso, anche in questo caso la cultura è percepita come natura .

Inoltre, in molte culture passate (e anche contemporanee) gli uomini che avevano regolarmente rapporti sessuali con persone dello stesso sesso non erano oggetto di disgusto. L'antica Grecia non era una società insensibile al disgusto. I rapporti orali, per esempio, erano

generalmente ritenuti disgustosi e stigmatizzanti per entrambe le parti (ma soprattutto quella ricettiva). Il rapporto sessuale tra uomini, tuttavia, benché circondato da numerose regole etiche ed eccezioni, non era considerato di per sé sporco o disgustoso. Infatti, si riteneva comunemente che gli stessi dèi apprezzassero particolarmente quel tipo di comportamento.⁵² Il fatto che i greci pensassero o facessero qualcosa non rende quella cosa giusta, ma dovrebbe farci riflettere. Se è vero che ammiriamo i greci e li consideriamo una cultura esemplare, abbiamo buoni motivi per interrogarci sulla differenza tra le loro reazioni ispirate dal disgusto e le nostre, in particolare quando parliamo della decadenza sociale che l'accettazione delle relazioni omosessuali porterebbe con sé.

Molte nazioni moderne sembrano oggi condividere l'idea che i rapporti omosessuali non siano disgustosi, la maggior parte dei paesi dell'Europa occidentale la pensa così.³³ Questo è ancora più significativo per la nostra riflessione, perché questi paesi condividono la nostra eredità cristiana, a dimostrazione del fatto che non è semplicemente tale eredità a dettare la nostra politica sull'orientamento sessuale. I cristiani dei nostri tempi, anche quelli che si ritengono fondamentalisti, violano continuamente le raccomandazioni contenute nella Bibbia. Per esempio, la Bibbia dedica molto più spazio alla condanna dei mali della chiromanzia che a quelli dell'omosessualità - citata in una mezza frase nel Levitico che non fa riferimento alle donne e si rivolge solo ai rapporti sessuali tra uomini. I cristiani moderni non chiedono leggi che puniscano i chiromanti. Analogamente, l'avidità è oggetto di invettive molto più veementi di qualunque peccato sessuale, ma essi non invocano leggi che puniscano l'avidità. L'Europa è un esempio illuminante per noi americani, perché le nostre differenze ci ricordano che abbiamo usato selettivamente la nostra eredità biblica. Dovremmo chiederci perché abbiamo fatto le scelte che abbiamo fatto.

Perché, allora, il pregiudizio contro i gay è così forte nella nostra politica? È una domanda difficile: potremmo citare l'ansia spropositata degli americani rispetto a malattia, morte e decomposizione. Ma questi fattori tuttavia non bastano a spiegare perché il disgusto sia un fattore così prominente nell'atteggiamento degli individui verso i gay e le lesbiche, e gli uomini gay in particolare. Potremmo aggiungere che gli americani tipicamente provano molta ansia nei confronti della varietà

sessuale, forse anche del sesso in sé, e sono per molti versi meno tolleranti di molti europei.³⁴ Forse questo spiega perché ci sia un livello così elevato di ansia legata al disgusto nell'ambito sessuale. Senza dubbio, gli stereotipi della mascolinità come trascendente e impermeabile ci aiutano a comprendere per quale motivo gli uomini gay appaiano così minacciosi a molti altri uomini americani .

Ma non è questo il tema principale del nostro lavoro. Ciò che conta di più ai nostri fini è che il disgusto proiettivo sembra essere un cattivo fondamento per la regolamentazione in una nazione di eguali, dati i suoi rimandi a una fantasia irrazionale e la sua tendenza a stabilire gerarchie ingiuste .

Quanto è influente oggi il disgusto nella politica antigay? Il disgusto è come l'odio razziale: non viene espresso sempre apertamente nella buona società. Paul Cameron fa appello al disgusto in modo franco e aperto, ed è influente all'interno di alcune cerchie. Ma molti individui che sostengono le sue battaglie usano altre argomentazioni: opposizione a «diritti speciali», preoccupazioni sui potenziali danni per i bambini, apprensione circa la «morale pubblica», timore che il matrimonio eterosessuale ne risulti svilito. Analizzeremo queste argomentazioni nei capitoli che seguono. Quello che scopriremo, però, è che tali argomentazioni sono troppo fragili per reggersi a lungo senza il sostegno del disgusto o che non sono altro che una copertura per la politica del disgusto .

2.

La politica dell'umanità: religione, razza, genere, disabilità

Quei sentimenti non stavano passando come avrebbero dovuto. Erano persistenti, e cominciavo ad avere paura. All'inizio, era un'etichetta molto negativa. Al tempo avevo quindici anni. Ho cercato di fare cose che potessero incoraggiare l'eterosessualità, come guardare le ragazze, immaginarne il seno e cercare di uscire con loro. Ho letto la Bibbia sei volte quell'anno per cercare una via d'uscita dalla mia situazione. Nel mio ultimo anno di scuola ho rinunciato e me ne sono liberato .

Leggevo praticamente tutta quella roba educativa sull'omosessualità e la dipingevo in modo positivo e cioè diceva che hanno la propria cultura e i propri eroi e modelli. Così a quel punto sono riuscito a dire a me stesso che anch'io sono gay .

Due intervistati in Ritch Savin-Williams,... And Then I Became Gay

Noi riteniamo che le seguenti verità siano di per se stesse evidenti: che tutti gli uomini sono stati creati uguali, che essi sono dotati dal loro Creatore di alcuni diritti inalienabili, che fra questi sono la vita, la libertà e la ricerca della felicità .

Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America

1. Rispetto per gli individui e sfere di libertà

Che cos'è la politica dell'umanità? Fondamentalmente, una politica di eguale rispetto. Gli Stati Uniti sono fondati sull'idea che tutti i cittadini, in quanto tali, abbiano eguale valore e dignità. Rinnegando il feudalesimo e la monarchia sperimentati in Europa, i nostri antenati

<http://cultura-non-a-pagamento.blogspot.it/>

ripudiarono tutti i titoli, ranghi e onori ereditari. Nascita, ricchezza e status di un individuo non dovevano avere alcuna influenza sulle sue opportunità e i suoi diritti politici. La rivoluzione americana fu radicale, nella misura in cui rifiutò tutti i modelli esistenti di organizzazione sociale e optò per una soluzione interamente nuova, basata sull'idea che tutti gli individui avessero eguale dignità umana ed eguali diritti naturali.¹ Il principio fondamentale del nuovo ordine politico diventò il rifiuto della subordinazione: l'idea che ciò che vi era di fondamentale sbagliato nella politica fosse la sistematica subordinazione di alcuni cittadini ad altri.² E poiché tutti i cittadini erano considerati eguali, il dominio basato sulla classe, la religione o qualunque altro sistema doveva essere fermamente rifiutato.

I padri fondatori furono notoriamente ottusi rispetto ad alcune questioni. Pur avendo affermato come principio generale il rifiuto del dominio, accettarono la schiavitù, consentendo alla razza di costituire il fondamento di un dominio brutale (benché la schiavitù e il commercio degli schiavi fossero già stati risolutamente condannati dalla maggior parte dei paesi europei). Non rispettarono inoltre l'eguale umanità dei nativi americani, né, d'altra parte, estendevano le loro disquisizioni sull'eguaglianza degli «uomini» alle donne, nonostante i sostenitori dell'eguaglianza dei diritti naturali in Francia e Inghilterra avessero già contestato questa sottomissione.

Tuttavia, il principio generale formulato dai padri fondatori è rimasto saldo nel corso degli anni, costituendo il presupposto per la successiva contestazione di quella ristretta applicazione originale. È per questo che Abraham Lincoln nel discorso di Gettysburg ha potuto invocare senza alcuna ipocrisia la promessa di libertà e di eguaglianza contenuta nella Dichiarazione di indipendenza come giustificazione morale dello sforzo bellico. Ed è per questo che, un secolo più tardi, Martin Luther King Jr. ha potuto fare riferimento alla Dichiarazione di indipendenza come a un «pagherò» del quale ogni americano sarebbe diventato erede. Questo «pagherò» permetteva che tutti gli uomini, sì, i negri tanto quanto i bianchi, avrebbero goduto dei principi inalienabili della vita, della libertà e del perseguimento della felicità. È ovvio, oggi, che l'America è venuta meno a questo «pagherò» per ciò che riguarda i suoi cittadini di colore.³ Ed è ancora per questo motivo che le donne hanno potuto contestare la propria esclusione dal godimento

dell'eguaglianza politica invocando la promessa, contenuta in quei documenti originari, secondo la quale coloro che condividono una stessa umanità devono anche partecipare della stessa eguaglianza. Susan B. Anthony, nel suo famoso discorso sul diritto di voto, richiamò il preambolo della costituzione quando disse: C'era scritto noi, il popolo; non noi, i cittadini bianchi di sesso maschile; e neppure noi, i cittadini di sesso maschile; ma noi, l'intero popolo, abbiamo formato l'unione. E l'abbiamo formata non per cedere il dono della libertà, ma per salvaguardarlo; non per una metà di noi stessi e dei nostri posteri, ma per tutto il popolo - le donne come gli uomini. Ed è una plateale presa in giro parlare alle donne del loro godimento del dono della libertà mentre si nega loro l'uso dell'unico modo di salvaguardarlo offerto da questo governo democratico-repubblicano - il voto.⁴ I nostri documenti fondativi, quindi, possono essere considerati più egualitari nella loro promessa generale di eguaglianza umana che non nella particolare declinazione che quel principio assumeva al tempo della loro stesura .

Questi documenti, e l'idea di non dominio che ne costituisce il nucleo centrale, non fanno alcun riferimento al fatto di essere individui perbene o morali. L'eguaglianza di diritti naturali appartiene a tutti noi dalla nascita, non perché siamo virtuosi o aderiamo a particolari norme sociali. Proprio come una discendenza nobile o la proprietà economica non conferisce a un individuo il diritto a maggiori diritti politici, allo stesso modo la virtù morale non conferisce a un individuo più voti di quelli di un individuo avaro, irritabile, sciocco, codardo, indisciplinato o disonesto .

Se un diritto politico è fondamentale non può essere, di conseguenza, revocato perché la maggioranza ritiene che un determinato individuo non sia molto gradevole o si comporti male. Tutti gli individui, ovviamente, sono egualmente soggetti al diritto penale e, se violano le sue norme, i loro diritti possono essere momentaneamente revocati. (Ci occuperemo in seguito di quanto sia accettabile che il diritto penale si faccia portatore di giudizi morali controversi o penalizzi gli individui per comportamenti che non arrecano danno ad altri.) In quanto individui e cittadini, tuttavia, tutti partono da una posizione di fondamentale eguaglianza, con eguali diritti politici. Riconoscere l'eguaglianza dei propri concittadini non

significa condividere le loro scelte, ma rispettare il loro diritto di fare determinate scelte, coerentemente con i principi di eguale dignità ed eguali diritti .

La Dichiarazione d'indipendenza cita tra i diritti inalienabili di tutti gli individui il diritto alla «ricerca della felicità». La Costituzione, pur non usando questo linguaggio, riconosce concretamente tale diritto in molti modi, compresa la promessa (contenuta nel preambolo) di «salvaguardare per noi stessi e per i nostri posteri il dono della libertà». In generale, la Costituzione riconosce che l'eguale rispetto degli individui impone la protezione di ampie sfere di libertà, affinché essi possano intraprendere azioni significative che costituiscono una componente essenziale della loro ricerca della felicità (libertà di parola, di fede, di pratica religiosa ecc.). Questa libertà non è riconosciuta solo alle persone gradevoli, esattamente come non è riconosciuta solo alle persone ricche. Appartiene a tutti in egual modo .

Gay e lesbiche non sono mai stati privati del diritto di voto, e non sono mai stati ridotti in schiavitù, sono stati, però, talvolta privati dell'eguale esercizio del proprio diritto di voto (l'Emendamento 2 del Colorado negò loro il diritto di approvare leggi locali che li proteggessero dalla discriminazione nell'impiego, nell'alloggio ecc.), e sono stati certamente privati del diritto all'eguale ricerca della felicità. Gli eterosessuali sono generalmente liberi di perseguire il proprio appagamento sessuale in una varietà di modi, siano essi individui egoisti o rispettosi, frivoli o impegnati. Prima del caso Lawrence v. Texas, al contrario, in molti stati gay e lesbiche potevano essere arrestati per aver cercato l'appagamento sessuale nei modi a loro propri.⁵ Il matrimonio, spesso considerato un «diritto fondamentale», è stato e continua a essere inaccessibile alle coppie omosessuali nella maggioranza degli stati americani .

In questo capitolo cercherò di dimostrare che la promessa di eguale libertà insita nella nostra tradizione costituzionale suggerisce un radicale ripensamento della politica sull'orientamento sessuale che abbiamo perseguito negli ultimi ventanni. L'eguale rispetto per la dignità umana e i diritti naturali di tutti gli individui, inteso come fondamentale valore americano, impone alcune critiche puntuali al trattamento giuridico dell'orientamento sessuale, proprio come ha comportato in passato un ripensamento intorno alle questioni della

religione, della razza e del genere. Nel riflettere sui requisiti di una politica dell'eguale rispetto è utile tenere a mente questi ripensamenti del passato. Il riferimento alla tradizione giuridica sviluppata in aree in cui le idee di eguale rispetto ed eguale libertà sono state ponderate in modo più approfondito ci aiuterà a determinare quali siano le condizioni per una politica di eguale rispetto nel campo dell'orientamento sessuale .

Il riferimento a questi esempi del passato non ci esenterà dalla necessità di confrontarci con il testo e la tradizione costituzionale - un compito che ci aspetta nei capitoli che seguono. Questo confronto ci suggerirà tuttavia alcune linee generali di riflessione rispetto ai valori costituzionali fondamentali che potranno fornirci una buona guida. A volte è utile allontanarsi momentaneamente da un tema controverso, per rivisitarlo dopo aver riflettuto su possibili analogie .

2. La ricerca del significato della vita e del sé: orientamento sessuale e religione

Molti coloni americani arrivarono nel Nuovo Mondo in cerca di libertà religiosa. Dissidenti inglesi dell'ortodossia anglicana - cattolici, battisti, calvinisti, quaccheri e molti altri - inseguivano la libertà di esprimere il proprio credo senza essere puniti e la libertà di praticare le proprie forme di culto. Spesso, tuttavia, non associarono questa ricerca a una politica di rispetto e di tolleranza che potesse includere quanti erano in disaccordo con loro. Di conseguenza, molte colonie istituirono una Chiesa di Stato, infliggendo una serie di svantaggi, severi (detenzione, bando) o più moderati (tassazione a sostegno della chiesa dominante), alle minoranze religiose .

Gradualmente tuttavia, la semplice esperienza del vivere - spesso in condizioni difficili - accanto a individui con diverse convinzioni religiose portò molti coloni a comprendere che la qualità della vita comune, e forse la sopravvivenza stessa, imponeva loro di proteggere la libertà religiosa di tutti e in modo imparziale. Queste misure politiche avevano una motivazione pratica: i coloni avevano bisogno di aiutarsi a vicenda se volevano prosperare nel nuovo territorio. Cominciarono

anche a rendersi conto che individui con diverse convinzioni religiose potevano essere utili e onesti concittadini; a capire che era possibile convivere sulla base di un consenso morale intorno a valori come equità, onestà e imparzialità, senza dover necessariamente concordare su principi teologici fondamentali. In colonie tolleranti come Rhode Island e la Pennsylvania, credenze e pratiche profondamente diverse riuscirono a convivere pacificamente su una base di rispetto reciproco. Rhode Island, per esempio, accolse non solo un certo numero di puritani dissenzienti, ma anche battisti, quaccheri, cattolici romani, ebrei e (almeno ufficialmente) musulmani, instaurò inoltre relazioni positive con la popolazione nativa, sulla base di un accordo equo che prevedeva il rispetto dei loro diritti di proprietà. Roger Williams, il fondatore della colonia, insistette persino per includere gli atei come cittadini dotati di diritti e privilegi eguali a quelli di tutti gli altri.⁶ La tendenza in favore della libertà religiosa emerse, quindi, dall'esperienza del vivere insieme. Trovava anche un fondamento teorico nell'idea di coscienza che molti dei nuovi coloni, se non la maggioranza, avevano portato con sé. Quest'idea, nella sua forma originaria, è protestante, anche se profondamente influenzata dalla filosofia stoica romana che era così importante per molti coloni.⁷ Oggi possiamo trovare idee simili nella maggior parte delle principali religioni e nel pensiero di molti individui laici. Secondo questa prospettiva, tutti gli esseri umani hanno la capacità di cercare il significato ultimo e il fondamento morale della vita - il senso della vita, potremmo dire. Questa capacità è un elemento cruciale di ciò che costituisce la nostra dignità di esseri umani. La coscienza è una caratteristica di tutti gli esseri umani, quali che siano le loro credenze, ed è distribuita in misura eguale. È di fatto la fonte principale della nostra eguaglianza, e questa eguaglianza deve essere riconosciuta e rispettata da ogni ordinamento politico giusto. La coscienza spesso sbaglia strada: in realtà, il più delle volte, il fatto che qualcuno imbocchi la strada sbagliata non significa che quell'individuo non abbia una coscienza come quella di tutti gli altri. È questa capacità che dobbiamo rispettare, non questo o quel modo di esercitarla, e ciò significa attribuire eguale rispetto a tutti gli esseri umani .

I primi coloni erano ben lontani dall'aderire a una posizione che molti, se non quasi tutti, gli americani hanno oggi, ovvero che molte, o

persino tutte, le religioni costituiscono strade legittime verso la salvezza. Praticamente nessuno dei primi coloni accettava quest'idea, tutti ritenevano che molti dei loro concittadini fossero destinati alla dannazione e non rispettavano neanche le loro credenze e le loro pratiche. Non dicevano: «Probabilmente sono dannati, ma le loro pratiche sono sforzi benintenzionati e meritano il nostro sostegno e il nostro rispetto»; Roger Williams, per esempio, definiva la religione dei nativi americani «satanica», pur continuando a mostrare il più sensibile sentimento di rispetto e amicizia a chi la praticava. Non dobbiamo quindi illuderci e pensare che le politiche di rispetto ed equità religiosa che si imposero gradualmente nelle colonie, gettando le basi della nostra Costituzione, fossero ispirate dal rispetto per credenze e pratiche religiose diverse. Al contrario, erano ispirate dall'idea più fondamentale del rispetto per gli individui, per i nostri concittadini in quanto dotati di dignità umana e di coscienza. Anche quando pensiamo che gli altri stiano sbagliando, la loro capacità di esercitare la propria coscienza merita il rispetto delle nostre leggi e delle nostre istituzioni. Dal momento che gli esseri umani hanno pari valore, la coscienza merita lo stesso rispetto .

Potremmo trattare gli individui con eguale rispetto anche senza dare loro alcuna libertà significativa. La tradizione americana, tuttavia, insegna che il rispetto della coscienza implica il riconoscimento a ciascun individuo di un'ampia libertà di scegliere la propria strada in questioni di coscienza. Roger Williams ha usato due metafore molto significative. La coscienza, ha detto, non deve essere imprigionata, il che significa che gli individui devono avere molto spazio per praticare la propria religione, incluse le forme di culto dettate dalla loro coscienza. Ancora più terribile dell'imprigionamento era ciò che Williams notoriamente definì «stupro dell'anima»: la violazione dell'interiorità più profonda di un individuo attraverso l'imposizione di professioni di fede che vanno contro le indicazioni della sua coscienza. Un mondo che rispetti la coscienza, quindi, riconosce a tutti gli individui l'eguale libertà di seguire le sue indicazioni per quanto riguarda sia la fede sia il comportamento .

I coloni sapevano che è possibile costringere le persone a convertirsi. L'avevano visto accadere continuamente. E anche se la costrizione non avesse funzionato sulla prima generazione, sapevano

che nel corso del tempo avrebbe gradualmente conquistato l'intera popolazione. Sapevano che la religione è una scelta umana e non una caratteristica immutabile, ma per la maggior parte di loro il fatto che la religione non fosse immutabile non significava che fosse lecito imporre la conversione religiosa. E questo perché il rispetto per la coscienza lo impediva: non abbiamo il diritto di forzare gli individui nella loro ricerca del significato ultimo dell'esistenza .

Nello sperimentare diverse forme di coordinamento politico, i coloni fecero gradualmente propria una conclusione ulteriore, che Roger Williams dedusse dalle proprie tesi sull'eguale libertà: un mondo in cui regni l'eguale rispetto per la coscienza non può avere una Chiesa di Stato, neppure una Chiesa benevola che non minaccia né imprigiona. Il principale artefice del pensiero americano originario circa i rapporti tra Stato e Chiesa, James Madison - le cui idee continuano a esercitare un'influenza profonda sulla nostra tradizione di interpretazione costituzionale - sosteneva che l'istituzione di una Chiesa ufficiale di Stato avrebbe minacciato l'eguaglianza dei cittadini, in quanto avrebbe stabilito che alcune forme di religione sono «nostre» mentre altre sono meramente tollerate, creando quindi una gerarchia tra i cittadini.⁸ L'eguale rispetto per la coscienza richiede una continua vigilanza per non consentire al governo di partecipare alla creazione di gruppi di insider e outsider, in particolare nel campo religioso .

Pensiamo ora al sesso. Pochissimi americani oggi pensano che la felicità sessuale sia una questione secondaria. Per molti, se non quasi tutti, si tratta di una componente centrale della ricerca del significato dell'esistenza. Anche se il sesso per molti aspetti è diverso dalla religione, con essa ha in comune il fatto di essere intimamente personale, congiunto al senso ultimo della vita, e decisamente non secondario. Come la religione, sembra essere qualcosa in cui l'autenticità, o il coinvolgimento della coscienza, svolge un ruolo cruciale. Riteniamo che esso vada al cuore dell'autodefinizione degli individui, della loro ricerca di identità ed espressione di sé .

Se proseguissimo questa analogia, gli individui, nella misura in cui ciascuno rispetta la dignità umana dell'altro, dovrebbero giungere alla conclusione che è sbagliato pretendere da tutti i cittadini un certo tipo di condotta sessuale. Dovrebbe esserci ampia libertà di credere ciò che si vuole rispetto al sesso e di esprimere queste convinzioni nelle proprie

azioni, con il limite, come nel caso della religione, della protezione degli interessi legittimi degli altri. Ciò che era vero per la religione nei primi giorni della storia della Repubblica, è vero oggi: molte persone guardano alle pratiche di alcuni dei propri concittadini con una profonda avversione. Ma dovrebbero rispettare chi le pratica come propri eguali; e, rispettandoli come eguali, dovrebbero giungere alla conclusione che è sbagliato negare loro la possibilità di cercare il significato profondo delle cose unicamente a modo loro .

Ovviamente la ricerca dell'appagamento sessuale è in molti modi diversa dalla religione; molti troveranno il paragone addirittura offensivo: non intendo dire che i valori coinvolti siano gli stessi, o anche solo della stessa rilevanza. Nondimeno, il punto cruciale dell'analogia è che la ricerca della felicità sessuale è considerata dalla maggior parte degli americani una componente molto intima e importante della ricerca della felicità, componente che riguarda il nucleo profondo del sé. Non si può affidare questa materia a un'ossessione temporanea della maggioranza: abbiamo motivi di ritenere che l'espressione sessuale sia legata al nucleo centrale dell'identità e della personalità di un individuo, e agli aspetti più intimi della sua continua e difficile ricerca di significato. Per questo motivo, è lecito concludere, è importante che gli individui possano gestire le scelte che riguardano la loro vita sessuale in modo autonomo e senza interferenze dello Stato, a meno che non violino i diritti degli altri. Questo principio, come vedremo, è una componente cruciale della tradizione costituzionale che si sta sviluppando in questo ambito (se seguiamo il parallelo con il principio del libero esercizio religioso, dovremo chiedere non solo un po' di libertà, ma una libertà data a tutti alle stesse condizioni) .

Questo è l'aspetto di «libero esercizio» dell'analogia. Ma cosa dire della questione dei rapporti tra Stato e Chiesa? È possibile per lo Stato riconoscere a tutti ampi margini di libertà sessuale e allo stesso tempo annunciare una preferenza per un particolare stile di interazione sessuale, e supportare quella predilezione con politiche pubbliche di varia natura che vanno al di là dell'interesse legittimo per il bene dei bambini? L'analogia con il caso religioso suggerisce che la risposta è «no». Per lo Stato, anche «istituire» un particolare comportamento

sessuale come preferito significa implicare l'inferiorità di quanti non lo praticano .

È questo aspetto della nostra analogia ad animare oggi l'accesso dibattito sul matrimonio omosessuale. A differenza dell'argomentazione sulla libertà, rispetto alla quale ormai abbiamo raggiunto un ampio consenso, l'idea che lo Stato non possa istituire una preferenza in materia sessuale non è condivisa all'interno della sfera pubblica o del diritto .

La religione costituisce una buona analogia sulla quale riflettere, perché ci ricorda che possiamo pensare che altre persone siano nell'errore e nel peccato in materie della più profonda importanza morale, e tuttavia ritenere che rispettare quegli individui come eguali cittadini imponga di riconoscere loro un'ampia sfera di libertà di pensiero e di azione. Essa ci suggerisce inoltre di non stabilire un'ortodossia che ponga alcuni cittadini al di sopra degli altri .

3. Svantaggio sistematico: orientamento sessuale e razza, genere, disabilità

La nostra nazione si è confrontata con l'idea di eguaglianza nel corso di tutta la sua storia, ponendo gradualmente fine alla subordinazione sistematica degli afroamericani e delle donne - almeno nel diritto - e cominciando a tutelare l'eguaglianza delle persone disabili. L'evoluzione del nostro pensiero costituzionale su cosa significhi eguaglianza della legge nei campi della razza, del genere e della disabilità ci offre non solo alcune intuizioni di segno generale, come ha fatto l'analogia col caso religioso, ma anche argomentazioni pertinenti da un punto di vista giuridico che potremo applicare al caso dell'orientamento sessuale .

In base a una delle sue diverse interpretazioni, prevalente in passato, il principio di eguaglianza contenuto nel Quattordicesimo Emendamento prescrive un trattamento formalmente simile. Se il gruppo A è trattato nello stesso modo del gruppo B, non esistono problemi di eguaglianza. Le scuole segregate erano spesso giustificate come istituti «separati ma eguali» e di conseguenza non sollevavano alcun problema di eguaglianza. Nel caso *Brown v. Board of Education*?

tuttavia, la Corte Suprema rigettò in modo inequivocabile quell'interpretazione. Insistendo sugli effetti della segregazione sull'autostima e lo sviluppo umano, la Corte scrisse che la segregazione «genera una percezione di inferiorità rispetto alla posizione [dei bambini appartenenti alla minoranza] nella comunità che può influenzare le loro menti e i loro cuori in modo che molto difficilmente potrà mai essere eliminato». L'asimmetria delle opportunità di sviluppo umano era mascherata da un'apparenza di parità formale di trattamento. Il principio dell'eguaglianza proibisce alla maggioranza di imporre a una minoranza svantaggi sistematici che, di fatto, assicurano la sua subordinazione (anche se la politica in questione è apparentemente neutrale) .

Analogamente, e in modo significativo per le questioni costituzionali relative all'orientamento sessuale, negli anni sessanta le leggi contro le unioni interrazziali (miscegenation laws), quando furono attaccate, vennero difese ancora una volta da un appello alla loro simmetria formale: i neri non potevano sposare i bianchi, e i bianchi non potevano sposare i neri.¹⁰ Lo stato della Virginia argomentò che in virtù di questa simmetria le leggi contro le unioni interrazziali «non costituiscono un'odiosa discriminazione in base alla razza».¹¹ La Corte Suprema, tuttavia, guardò al di là della simmetria formale, indagando il significato di quelle leggi per l'eguaglianza sostanziale degli individui, le loro opportunità, la loro condizione sociale complessiva. Quel divieto, conclusero, non era veramente simmetrico, perché era parte di un'imposizione della supremazia bianca: recava con sé uno stigma che rendeva i diritti dei neri sistematicamente diseguali e costituiva un caso di «odiosa discriminazione razziale». L'eguaglianza, sostenne la Corte, richiede più di un trattamento formalmente simile: in sostanza, richiede non subordinazione .

Un caso altrettanto influente in cui si è fatto ricorso al principio di eguaglianza, in questo caso rispetto al genere, è *United States v. Virginid*, che ha aperto le porte dell'istituto militare della Virginia (Virginia Military Institute, Vmi) alle donne.¹² Ancora una volta, esisteva in apparenza un'eguaglianza formale, perché la Virginia offriva un programma alternativo per le donne presso il Mary Baldwin College; la Corte, tuttavia, esaminò dettagliatamente le opportunità future che ciascuno di questi programmi offriva agli studenti e concluse

che, per essere accettabile da un punto di vista costituzionale, il programma sostitutivo dello Stato avrebbe dovuto garantire alle donne «la posizione che avrebbero occupato in assenza di [discriminazione]». Poiché il programma del Mary Baldwin era solo l'«ombra sbiadita» di quello offerto dal Vmi, la situazione costituiva una discriminazione incostituzionale in base al sesso .

L'eguaglianza, così intesa, racchiude un'idea di non subordinazione che risale alle origini di questa nazione." La legge mostra davvero eguale rispetto per i cittadini solo se indaga a fondo in queste apparenti simmetrie, esaminando le reali opportunità che i diversi gruppi di cittadini hanno di perseguire ciò che è importante nella vita. (Questa idea di eguaglianza, un tempo profondamente radicata nei ragionamenti della Corte, è ora più debole; nell'area delle pari opportunità in base alla razza, sembra essere diventata una posizione minoritaria.) Senza anticipare le questioni costituzionali concrete sollevate dall'applicazione del principio costituzionale di eguaglianza al caso dell'orientamento sessuale, possiamo già individuare un'importante analogia tra quest'ultimo e i casi della razza e del genere. In tutti e tre i casi, la storia ci mostra che alcuni modi di classificare le persone hanno una probabilità particolarmente elevata di basarsi su un pregiudizio e di cementare gerarchie che compromettono l'eguaglianza dei cittadini. Dovremo analizzare questa analogia più a fondo per identificare i criteri che collegano orientamento sessuale, razza e genere in modi diversi da altre caratteristiche (come il fatto di fumare o di guidare velocemente). Tuttavia, possiamo già vedere che in tutti e tre i casi - razza, genere, orientamento sessuale - abbiamo a che fare con caratteristiche profondamente radicate che permeano ogni aspetto della vita degli individui e che sono state spesso una fonte di stigma e subordinazione. L'idea di non subordinazione è senz'altro significativa per la nostra riflessione sull'orientamento sessuale .

Quindi, un divieto che si rivolge agli atti sessuali compiuti dagli omosessuali senza censurare atti sessuali simili compiuti da eterosessuali sembra riproporre il problema di eguaglianza sollevato dalle leggi contro i rapporti sessuali tra bianchi e neri. Molti ritengono inoltre che le leggi che proibiscono il matrimonio omosessuale pur permettendo il matrimonio eterosessuale sono simili a quelle contro il matrimonio interrazziale e, come vedremo, le corti hanno talvolta

sostenuto quest'argomentazione, anche se l'analogia rimane dibattuta. Più in generale, il caso dell'orientamento sessuale sembra analogo a quello del genere e della razza perché in tutti e tre i casi gli individui sono classificati in base a una caratteristica e poi esclusi da opportunità fondamentali in un ampio numero di contesti a causa di tale caratteristica .

Come nel caso della religione, il rifiuto di svantaggiare sistematicamente un gruppo non implica che alla maggioranza debba piacere il gruppo in questione o che debba pensare che ciò che quelle persone credono o fanno sia giusto. Misogini e razzisti possono essere a favore del regime giuridico inaugurato dai casi Brown, Loving e da quelli relativi al genere, proprio come coloro che ritengono che i membri di altri gruppi religiosi siano «satanici» possono sostenere l'eguale libertà religiosa - nella misura in cui concordano con il principio fondamentale secondo cui tutti i cittadini sono e devono essere uguali davanti alla legge. In realtà, è difficile capire come una persona che aderisce a questa fondamentale idea americana possa essere contraria al regime di antisubordinazione introdotto da casi come Brown e Loving, a meno che non sia così preoccupata per questioni di contaminazione e stigma (che costituivano buona parte dell'ideale segregazionista e ancor più delle leggi contro le unioni interrazziali) da non riuscire neppure a guardare con lucidità al significato dell'ideale di eguaglianza .

Poiché escludere la possibilità di svantaggi sistematici è così centrale per i fini del principio costituzionale di eguaglianza, la tradizione interpretativa ha riconosciuto l'opportunità di uno standard intermedio ogniqualvolta le misure legali riguardano certe classificazioni che hanno una probabilità particolarmente elevata di essere legate a gerarchia e discriminazione: in altre parole, queste classificazioni devono essere supportate da una giustificazione particolarmente forte. Questi modi di categorizzare gli individui, chiamati classificazioni sospette, devono passare non solo l'esame volto a stabilire l'esistenza di una giustificazione razionale, che non è uno standard particolarmente elevato (praticamente qualunque cosa una legislatura ritenga una buona ragione può contare come base razionale), ma anche un esame più approfondito. Quindi, le classificazioni legali relative alla razza possono essere giustificate solo se lo Stato può

dimostrare che il riferimento alla razza è necessario per il conseguimento di un interesse di Stato fondamentale. Le classificazioni legate al genere sono esaminate in base a uno standard intermedio e sono talvolta chiamate classificazioni quasi sospette .

Più avanti discuteremo in dettaglio i criteri per questo standard intermedio, perché c'è molto dibattito rispetto al fatto che l'orientamento sessuale costituisca una classificazione sospetta o meno, e su quali basi. Senza entrare nel merito di quella discussione giuridica, tuttavia, possiamo già osservare che l'idea generale di standard intermedio è pertinente per una riflessione sulle leggi antisodomitiche, il matrimonio omosessuale e questioni correlate. Alcuni modi di categorizzare le persone portano con sé un'eredità storica di tipo gerarchico e, in base al principio costituzionale di eguaglianza, non possono essere accettati, a meno che non sia coinvolto un interesse di Stato fondamentale .

C'è un gruppo ulteriore rispetto al quale dobbiamo interrogarci, perché questo ci sarà utile in seguito rispetto all'eguaglianza nel campo dell'orientamento sessuale. Si tratta del (molto eterogeneo) gruppo degli individui disabili. Questi individui, come le donne e i membri delle minoranze razziali, sono stati a lungo privati di una piena eguaglianza di diritti nella società americana, e tale privazione è stata spesso alimentata da una paura irrazionale e dal pregiudizio. In due casi relativi alla mancata ammissione di bambini disabili nella scuola pubblica, i tribunali hanno stabilito che quell'esclusione costituiva una violazione del principio costituzionale di eguaglianza. Il caso *Mills v. Board of Education* citava addirittura *Brown* come precedente, sostenendo che il rifiuto sistematico e sancito dalla legge di educare i bambini con disabilità fisiche e mentali insieme agli altri costituiva una negazione fondamentale della loro eguaglianza davanti alla legge.¹⁴ Questo caso non affrontò la questione dello standard intermedio, ma la Corte affermò che l'aumento dei costi per il governo richiesto dall'educazione dei bambini disabili non costituiva un interesse di Stato sufficientemente forte per legittimare la politica di esclusione .

Più o meno nello stesso periodo, la Corte Suprema sostenne che un'ordinanza di zonizzazione emanata da una città del Texas violava il principio costituzionale di eguaglianza e non soddisfaceva neppure il requisito della base razionale. Il caso *City of Cleburne v. Cleburne*

Living Center¹⁵ riguardava la legittimità del diniego di un permesso per costruire una casa famiglia per individui affetti da ritardo mentale (non erano richiesti permessi per cliniche per la convalescenza, ospizi e case di cura, per non parlare di ostelli, residenze universitarie, dormitori, ospedali e hotel: erano necessari solo per gli edifici «per i pazzi o malati di mente o alcolizzati o drogati»). Il rifiuto di quel permesso era stato chiaramente causato dalla paura e da altri sentimenti negativi espressi dai proprietari della zona .

La disabilità non è mai stata riconosciuta come classificazione sospetta e il caso Cleburne ha esplicitamente negato questa possibilità.¹⁶ È interessante, tuttavia, che la Corte abbia sostenuto che l'ordinanza di zonizzazione violasse il molto più elementare standard di razionalità, in base al quale una legge deve essere «razionalmente legata a un obiettivo legittimo di governo». «In poche parole» dichiarò la Corte «la richiesta di un permesso in questo caso ci sembra riposare su un pregiudizio irrazionale contro gli individui affetti da ritardo mentale».¹⁷ Il consiglio comunale, concluse la Corte, aveva emanato quell'ordinanza per deferenza verso i «sentimenti negativi» dei proprietari. «Ma dei semplici sentimenti negativi, o di paura, se non sostanziati da fattori chiaramente pertinenti in un procedimento di zonizzazione, non costituiscono una base sufficiente per trattare una casa per ritardati mentali in modo diverso da un condominio, un complesso residenziale ed edifici simili.»¹⁸ Inoltre, la Corte sottolineò in modo significativo che il semplice fatto che una legge rifletta la volontà di una maggioranza democratica non è sufficiente ad aggirare le restrizioni imposte dal principio costituzionale di eguaglianza. «È evidente che l'elettorato nel suo complesso non può, per mezzo di un referendum o in altro modo, imporre un'ordinanza cittadina che violi il principio costituzionale di eguaglianza».¹⁹ La Corte sostenne che il principio di eguaglianza proibisce l'emanazione di leggi basate esclusivamente sull'antipatia o sul disgusto, anche se è la maggioranza a volerle, conclusione che la Corte aveva già anticipato nel caso *Department of Agriculture v. Moreno*,²⁰ relativo ai requisiti per un programma federale di distribuzione di sussidi alimentari che discriminava le famiglie non tradizionali. Come vedremo, i casi Cleburne e Moreno sono precedenti importanti di una delle

fondamentali sentenze della Corte Suprema in materia di orientamento sessuale, *Romer v. Evans* .

4. Il bisogno di immaginazione

Ciò che abbiamo potuto osservare in queste diverse aree del diritto costituzionale è un'interpretazione giuridica basata su un'idea più fondamentale di eguaglianza. Tuttavia, eguaglianza ed eguale rispetto non possono nascere, o durare a lungo, in assenza della capacità di immaginare la situazione di un individuo appartenente a un diverso gruppo sociale e di analizzarla dal suo punto di vista. Ai puritani del Massachusetts, coloro che professavano una fede diversa apparivano come streghe o demoni, agenti di Satana sulla terra. Il fatto che queste persone stessero cercando in buona fede di trovare il senso della propria esistenza era difficile da cogliere per i puritani a causa del loro odio verso la strada che queste persone avevano scelto. Altri coloni presto videro o cominciarono a vedere le cose in modo diverso: anche se le pratiche di altri (fossero essi ebrei, battisti o nativi americani) continuavano a essere respinte in quanto peccaminose e sbagliate, quegli individui erano sempre più guardati con una capacità di comprensione e d'immaginazione. Osservati da quella prospettiva, le differenze si affievolivano. «Io sto cercando il senso in un mondo molto misterioso; tu stai facendo lo stesso. Secondo me io ho ragione e tu hai torto, ma tutti e due siamo persone in cerca, tutti e due seguendo i dettami della coscienza che costituisce il motivo fondamentale del nostro rispetto reciproco.» Roger Williams dedica il suo straordinario lavoro sull'eguaglianza religiosa al «lettore generoso e compassionevole», sapendo che la capacità di vedere l'altro non come un agente di Satana, ma come una persona uguale a sé, alle prese con problemi difficili in un mondo confuso, era essenziale per la politica di rispetto religioso che egli stava proponendo. (Si noti che questo approccio è perfettamente compatibile con la convinzione, che Williams nutriva, che le pratiche religiose dei nativi americani fossero sataniche.) Nel campo religioso ha prevalso a lungo una politica del disgusto e della paura. Gli individui scansavano il contatto (ipoteticamente) contaminante con gli apostoli di Satana. A persone

che si accostano ad altre con disgusto non si può semplicemente dire «rispetta quest'altra persona». Questi individui non sono pronti per il rispetto, perché non riescono a vedere davvero, nel profondo, quella persona come una persona. Il disgusto svislaccia l'altro, facendo apparire «quelle» persone spregevoli, più simili a bestie o demoni,²¹ prive della piena dignità di un individuo. Il rispetto per la coscienza richiede, come minimo, l'abilità di vedere che l'altro è una persona dotata di una coscienza e in cammino di ricerca. La capacità di immaginare ciò che l'altra persona sta cercando, e di capire che si tratta di fatto di una persona (e non di un mostro), costituisce un passo fondamentale verso l'idea di eguale libertà che è diventata centrale nella tradizione americana.

Affinché si possa conseguire una politica del rispetto in materia di orientamento sessuale, gli individui devono riuscire a immaginare ciò che gay e lesbiche perseguono, e riconoscerlo come qualcosa di fondamentalmente simile alla loro personale ricerca di integrità ed espressione personale e sessuale. Possono anche non approvare ciò che quegli individui fanno: possono continuare a pensare che i gay e le lesbiche siano peccatori, o traviati, o che disobbediscano alla parola di Dio. Ma il primo cruciale passo verso il rispetto sarà stato compiuto.

È importante notare che questa capacità di immaginare ciò che l'altro sta cercando ha svolto un ruolo fondamentale nella disciplina moderna dell'eguaglianza. L'istituzione di servizi separati ma eguali (in base al genere o alla razza) possono sembrare sufficientemente equi, sulla carta. Cosa ci dice che questi servizi non mostrino un eguale rispetto? Nel caso Brown, è stato necessario uno sforzo paziente per rappresentarsi gli ostacoli incontrati dai bambini nelle scuole (ipoteticamente eguali) per neri. Solo un esercizio di immaginazione guidato da considerazioni di natura storica e sociale ha potuto mostrare che quelle scuole non erano davvero paritarie e che lo stigma che circondava la segregazione produceva danni in modo diseguale.

Nel caso Loving, ci si sarebbe potuti aspettare una facile empatia: dopotutto, quelle persone volevano solo sposarsi e sembra abbastanza ovvio interpretare questo desiderio come uno scopo umano e metterlo in relazione con le proprie aspirazioni. E tuttavia, non era così che i razzisti vedevano le unioni interrazziali. Non vedevano un uomo e una donna che desideravano una vita di felicità e dedizione reciproca, ma

una cosa disgustosa e vile, da cui i loro sensi erano letteralmente ripulsi. Non ricerca della felicità, ma corruzione del sangue; non passione e dedizione, ma razzia nefanda e perversa. Per arrivare a riconoscere che le leggi contro il matrimonio interrazziale costituivano una mera espressione della supremazia bianca, i giudici dovettero andare oltre quel modo di pensare e riconoscere la somiglianza tra le aspirazioni di Mildred Jeter e Richard Loving e quelle degli individui che desiderano sposarsi all'interno del proprio gruppo razziale .

Analogamente, nel caso *United States v. Virginia*, per poter riconoscere l'inadeguatezza del programma sostitutivo presso il Mary Baldwin College bisogna comprendere l'interesse legittimo delle donne a ricevere un'istruzione di alto livello e ad avere opportunità di impiego. Per molti secoli le donne sono state spinte a terminare gli studi piuttosto che iscriversi al college e all'università, e questa non era percepita come una situazione di disuguaglianza. Per poter vedere la disuguaglianza, bisogna prima vedere la persona, e vedere la persona non come un comodo oggetto a disposizione dell'uomo ma come un eguale cittadino che cerca di realizzare una varietà di obiettivi all'interno della società americana. Il rispetto per le donne richiede e si fonda sulla capacità di riconoscere in che misura i loro obiettivi sono simili a quelli degli uomini; e questo richiede immaginazione.²² L'idea che il giudizio costituzionale richieda immaginazione non trasforma il diritto in una moralità debole del *tout comprendre, c'est tout pardonner*. Si noti infatti che nei casi che ho discusso l'esercizio dell'immaginazione è avvenuto da entrambe le parti. I giudici hanno dovuto identificare il fine che animava le leggi contro le unioni interrazziali, e per questo è stato necessario guardare attentamente alle idee di contaminazione e impurità che caratterizzavano la «supremazia bianca» prima di poter articolare un'opinione complessiva su quel regime giuridico. Ancor più chiaramente, in *Cleburne* è stato necessario analizzare l'atteggiamento della maggioranza nella cittadina texana per determinare se esso riflettesse un'argomentazione razionale o una semplice paura e ripugnanza irrazionale. Questo standard costituisce anche un modo di mostrare rispetto per i propri concittadini: ci aspettiamo che abbiano un motivo razionale per approvare determinate leggi e, se non è così, non possiamo permettere neanche a una maggioranza democratica di usare la legge come strumento per infliggere svantaggi ad altri .

La combinazione di eguale rispetto per i propri concittadini e di un tentativo serio ed empatico di immaginare quali obiettivi stiano perseguendo è ciò che ho definito «politica dell'umanità». Ho suggerito che il tipo di immaginazione qui descritto sia un presupposto cruciale, forse persino necessario, del rispetto. Ma ora dobbiamo andare oltre, e chiederci se quell'immaginazione non sia legata al rispetto in modo ancora più profondo, se non costituisca una parte di ciò che esso stesso comporta. Rispettare un altro individuo su basi di eguaglianza significa vedere quell'individuo in un certo modo: come un fine, non solo come un mezzo, come una persona, non come un oggetto. Questo modo di vedere richiede che si riconosca nell'altro una vita e uno scopo piuttosto che sporcizia e spazzatura, dignità umana piuttosto che turpitudine. L'idea che il rispetto richieda una capacità d'immaginazione non appartiene solo al pensiero liberale, al contrario, è stata sviluppata in modo efficace in una recente pubblicazione di Charles Fried, il viceprocuratore generale di Ronald Reagan. Fried osserva che molti eterosessuali pensano che le vite sessuali di gay e lesbiche siano stravaganti. In tal senso, chiedere loro di immaginare quelle vite sarebbe come chiedere a qualcuno di immaginare un colore mai visto. Ma, continua Fried, un qualche sforzo di questo tipo è moralmente necessario se vogliamo rispettare l'umanità e la libertà degli individui gay. L'alternativa è negare la loro umanità, il che sarebbe orribile, perché stiamo parlando di esseri umani pensanti e senzienti che sono letteralmente i nostri fratelli e le nostre sorelle. Quello sforzo - e si tratta di uno sforzo possibile - consiste semplicemente nel riconoscere che gli individui gay hanno desideri sessuali esattamente come gli etero, e che questi desideri occupano un posto analogo nella geografia del loro spirito. Quello sforzo immaginativo è, dopotutto, forse solo un passo più in là dell'empatia di un uomo per i desideri sessuali di una donna, e quell'empatia costituisce il perfezionamento dell'amore sessuale.²³ In sostanza, questo requisito è al cuore delle idee di moralità che animano buona parte, se non la maggioranza, delle principali religioni del mondo, come anche di molte morali secolari: l'idea di dover imparare a vedere, e amare, il nostro prossimo come noi stessi. Posta in questi termini, tale esigenza è al tempo stesso vecchia e nuova, tradizionale e profondamente radicale.²⁴ Come ho già affermato, la politica dell'umanità non coincide con l'approvazione

delle scelte altrui o anche solo con il rispetto per le loro azioni, richiede semplicemente di vedere gli altri come esseri umani che hanno un'eguale dignità e un eguale diritto di perseguire un'ampia gamma di scopi umani. Talvolta questi scopi possono causare un danno reale ad altri, in tali casi è legittimo limitare la capacità degli individui di perseguire quegli obiettivi. Ma praticare la politica dell'umanità significa non arroccarsi mai su una posizione che non permetta di vedere l'eguale umanità degli altri. Questa, come argomenterò nelle pagine che seguono, è stata la prospettiva che la legge ha adottato nel passato per guardare alla vita sessuale di gay e lesbiche. Dai casi *Bowers v. Hardwick* a *Lawrence v. Texas* è avvenuto un cambiamento cruciale nel pensiero costituzionale della nostra nazione che è stato reso possibile da un cambiamento del nostro immaginario .

3.

Le leggi antisodomia: disgusto e ingerenza

Benché il significato del principio secondo cui «tutti gli uomini sono creati uguali» non sia sempre chiaro, non può che significare che ogni libero cittadino abbia lo stesso interesse nella «libertà» dei membri della maggioranza. Dal punto di vista dell'individuo, l'omosessuale e l'eterosessuale hanno uno stesso interesse a decidere come vivere la propria vita e, più specificamente, come comportarsi nelle relazioni personali e volontarie con i propri simili. L'ingerenza dello Stato nella condotta privata è egualmente gravosa in entrambi i casi .

GIUDICE STEVENS, opinione dissenziente in *Bowers v. Hardwick*

Ho chiesto [all'agente] Torick di uscire dalla stanza in modo che potessimo vestirci e lui ha detto: «Non c'è motivo, dato che vi ho già visto nel vostro aspetto più intimo» .

MICHAEL HARDWICK, descrivendo il proprio arresto nella propria stanza da letto¹

1. Due visioni della società: Devlin contro Mill

Le leggi antisodomia sono invadenti. In base alle leggi che erano in vigore in tutti gli stati americani, ciò che gli individui facevano di comune accordo e in luoghi privati, senza infliggere alcun danno ad altri, e senza che gli altri ne fossero neppure a conoscenza, poteva diventare motivo di procedimenti penali e, spesso, di gravi punizioni. Il controllo pubblico sulla condotta sessuale individuale costituiva un tempo la norma sia in Inghilterra sia negli Stati Uniti. Oggi, tuttavia, per la maggior parte degli americani è inammissibile che la polizia abbia il diritto di entrare nella stanza da letto di qualcuno per vedere

<http://cultura-non-a-pagamento.blogspot.it/>

quale tipo di pratica sessuale stia avendo luogo. La risposta dell'agente Torick all'educata richiesta di Michael Hardwick (Torick si trovava nella stanza di Hardwick per notificare un mandato per possesso di alcol in luogo pubblico che era scaduto dieci giorni prima) evoca per la maggior parte di noi lo spettro di uno Stato di polizia e si tratta di qualcosa che non vogliamo .

Non è solo la privazione della libertà a rendere l'osservazione dell'agente Torick inquietante, ma qualcosa di più profondo: un insulto alla dignità umana che ricorda le prigioni e persino i campi di concentramento, dove la privazione di una fondamentale privacy corporea divenne un modo di marchiare alcuni individui come non completamente umani .

Benché la maggioranza degli americani probabilmente disapproverebbe un comportamento così invadente da parte di un rappresentante della legge, nella nostra tradizione costituzionale la strada verso un rifiuto definitivo di questo standard governativo e controllo coercitivo della condotta intima consensuale è stata lunga e tortuosa. Michael Hardwick è morto nel 1991, senza veder riconosciuto il suo diritto alla relazione intima .

La regolamentazione della condotta sessuale solleva interrogativi profondi sul tipo di società che vogliamo. Lord Patrick Devlin privilegiava un'idea di società il cui valore fondamentale era la solidarietà. La libertà personale aveva un qualche valore, concedeva, ma poteva sempre passare in secondo piano di fronte a sentimenti sufficientemente forti di disgusto e obbrobrio da parte della maggioranza. Questa è l'idea fondamentale che anima la politica del disgusto .

Devlin rivolgeva la propria critica, anzitutto, contro la concezione profondamente diversa della società proposta dal filosofo inglese del xix secolo John Stuart Mill. Mill viveva in un'Inghilterra ancor più invadente e puritana dell'America del tempo. Da giovane, fu mandato in prigione per aver distribuito opuscoli sulla contraccezione nei quartieri poveri di Londra. Per gran parte della sua vita adulta, fu trattato da molti come un paria a causa della sua amicizia intima con Harriet Taylor, una donna sposata, nonostante il fatto che il marito di lei non avesse nulla in contrario e che la coppia quasi certamente non ebbe rapporti sessuali prima della morte del marito e del proprio matrimonio.

Sulla base di questa e simili esperienze, Mill sviluppò un'avversione profonda per la tirannia dei sentimenti pubblici sulle scelte personali. Nel suo famoso Saggio sulla libertà, sostenne che una condotta che chiami in causa solo gli interessi di chi vi partecipa (che egli chiamava condotta «verso di sé») non sia mai un oggetto di regolamentazione. Scommesse, consumo di alcol, pratiche sessuali insolite sono tutte cose che possono apparire moralmente discutibili alla maggior parte delle persone, ma che nella misura in cui coinvolgono solo coloro che scelgono di farle non possono essere disciplinate. La condotta è un oggetto appropriato di regolamentazione, sostenne Mill, solo quando è «verso l'altro», ovvero quando interferisce con altri non consenzienti .

A fare da sfondo a questa distinzione di Mill è una convinzione profonda: l'idea che gli individui abbiano bisogno di spazi di libertà per trovare il proprio percorso esistenziale e che tali spazi debbano proteggere anzitutto alcuni diritti di decisione individuale e di associazione. Una società che proteggesse questi spazi di libertà, riteneva Mill, sarebbe più giusta verso gli individui e più forte nel suo complesso, di una società che permettesse alle norme convenzionali di tiranneggiare la libertà personale. Questa è esattamente l'idea che abbiamo discusso nella nostra riflessione sull'analogia tra religione ed espressione sessuale .

Per capire quale sia il punto di dissenso tra Devlin e Mill, dobbiamo distinguere tre diversi modi in cui la condotta sessuale potrebbe incidere sugli interessi di altri. Anzitutto, potrebbe comportare un qualche tipo di violenza o coercizione. Tanto Devlin quanto Mill concordano sul fatto che una tale condotta (per esempio, lo stupro o l'abuso sui minori) debba essere regolata dalla legge.² In secondo luogo, potrebbe causare un'offesa diretta paragonabile a un danno o a una violazione dei diritti. Possiamo comprendere più facilmente questa categoria se pensiamo alla categoria giuridica della turbativa (nuisance): odori disgustosi o suoni provenienti dall'abitazione di un vicino che impediscano di godere della propria casa autorizzano a intraprendere un'azione legale. In questo caso la turbativa viola in modo diretto i diritti di altri, in modo molto simile a quanto avviene nei casi di percosse o aggressione.³ Si noti che questo tipo di offesa, nella misura in cui chiama in causa il disgusto, riguarda gli oggetti primari del disgusto e non il disgusto proiettivo .

È molto difficile ragionare con chiarezza sulla natura dell'offesa al di là del semplice caso degli odori o dei rumori, ma ci sembra di poter affermare che almeno alcuni comportamenti sessuali rientrano in questa categoria. Se una persona si masturba su un autobus pubblico o esibisce le proprie nudità per strada, questo appare quantomeno paragonabile a una turbativa e non sembra essere semplicemente rivolto al sé, nel senso indicato da Mill (in molti casi del genere, inoltre, sappiamo che spesso l'intento della persona è imporre la propria condotta a spettatori involontari: l'esibizionismo implica l'intenzione di sconvolgere e turbare). La percezione che questo tipo di condotta non sia rivolta al sé è forse più netta quando sono coinvolti dei bambini, ma è almeno plausibile ritenere che l'offesa diretta nei confronti di un adulto costituisca un danno in senso simile a quello individuato nella prima categoria. Questo è particolarmente chiaro quando sono implicati oggetti primari del disgusto: quindi, l'atto di defecare in pubblico, che implica odori sgradevoli e possibili rischi sanitari, costituisce un'offesa più evidente che non la nudità in pubblico, dove il disgusto percepito dagli individui sembra essere mediato da norme sociali. Mill non analizza esplicitamente questi casi, ma è abbastanza chiaro che non rientrano nello spazio di libertà che egli sta cercando di proteggere.

Nell'affrontare quella che ho chiamato un'offesa diretta nei termini del diritto, dobbiamo prestare attenzione alle circostanze esterne e alla natura degli attori: un neonato che defechi in un cortile pubblico non dovrebbe essere legalmente penalizzato, ma un adulto che lo faccia in quello stesso spazio potrebbe esserlo. Nel formulare e implementare leggi contro i comportamenti lesivi nei confronti di altri, dobbiamo permettere al disgusto pubblico (verso gli oggetti primari) di esercitare un ruolo, ma dobbiamo essere acutamente sensibili ai vincoli esterni. Per esempio, un senzatetto che urini in una stazione ferroviaria dovrebbe essere trattato con più clemenza di un operatore di borsa che faccia la stessa cosa. Non si tratta di una questione meramente economica: un corridore che defechi in un vicolo durante una maratona, anche se si trattasse di un operatore di borsa, non dovrebbe essere trattato nello stesso modo in cui verrebbe trattato se defecasse in un edificio pubblico dopo pranzo.⁴ Nel regolamentare i casi di offesa diretta, dovremmo accertare che il disgusto in questione coinvolga in qualche modo gli oggetti primari: quindi, il disgusto per una

manifestazione pubblica di affetto da parte di una coppia interrazziale o omosessuale non costituisce un danno disciplinabile giuridicamente, perché il disgusto è proiettivo, non rivolto agli oggetti primari (fluidi corporei, odori ecc.). L'idea stessa che l'offesa diretta sia giuridicamente regolabile poggia sul presupposto che l'oggetto stia causando un qualche tipo di danno, e questa idea non può essere difesa senza alludere al ruolo degli oggetti primari .

Infine, ci sono casi in cui la condotta è consensuale e avviene in uno spazio privato, senza influire direttamente su alcuna parte terza, ma in cui altri sono turbati dal pensiero di cosa stia accadendo. Questo è quello che Mill chiama un danno «puramente costruttivo»: le persone immaginano quanto si sentirebbero offese se fossero presenti a quegli atti, e nel farlo si innervosiscono e provano disgusto e indignazione. Si noti che, nella misura in cui questi casi chiamano in causa il disgusto, si tratta sempre di un disgusto proiettivo: non è presente alcun oggetto primario, e tipicamente la fantasia non si concentra neppure sugli oggetti, ma piuttosto su qualche ipotetico legame tra quegli oggetti e le persone che compiono gli atti in questione (quindi, di solito gli individui non sono turbati al pensiero di qualcuno che defeca o urina nel proprio bagno; al contrario, sono turbati al pensiero degli atti sessuali di persone che, nella loro fantasia, collegano alle feci e ad altri oggetti del disgusto). Molti tipi di comportamento privato consensuale evocano emozioni forti in chi li immagina: oltre ai rapporti omosessuali, all'adulterio, alla fornicazione, e alla masturbazione (tutti oggetti in passato di regolamentazione, e alcuni tuttora regolamentati in molti stati), potremmo elencare l'esibizione di ballerine nude nei club privati, la nudità sulle spiagge private, i rapporti sessuali consensuali nei club privati, e - per spostarci dall'ambito sessuale - il possesso e il consumo di alcol in privato, le scommesse in spazi privati o club esclusivi e così via. Molte leggi che regolamentano questa condotta «rivolta al sé» sono ancora in vigore in diversi statuti. Di recente, nel 1991, la Corte Suprema ha convalidato una legge dell'Indiana che vietava l'esibizione di ballerine nude nei club privati, argomentando che considerazioni di morale pubblica renderebbero questo tipo di leggi costituzionalmente accettabili - capovolgendo l'opinione appassionata con cui la Corte d'appello della settima circoscrizione aveva sostenuto che ballare fosse una forma di espressione protetta dal Primo

Emendamento.5 Il dibattito tra Devlin e Mill riguarda quest'ultima categoria di casi. Per Devlin, il disgusto «costruttivo» di un qualsiasi membro della società costituisce motivo sufficiente per regolare giuridicamente la condotta «rivolta al sé», anche se le azioni in questione non causano alcun danno né un'offesa diretta simile a quella dei casi di turbativa. Per Mill, al contrario, questi spazi di riservatezza e libertà personale sono ciò che caratterizzano una società libera e sana .

A essere in questione nel passaggio da una politica del disgusto a una politica dell'umanità è quella domanda più generale rispetto al tipo di società che vogliamo. In sostanza, si tratta dell'annoso dibattito tra i sostenitori del collettivismo e i sostenitori dell'importanza delle sfere di libertà individuale. Non è una questione di destra contro sinistra. Molti movimenti marxisti sono stati invadenti in materia sessuale quanto i più veementi conservatori religiosi. Negli anni settanta, i movimenti di sinistra nei campus universitari prescrivevano quale fosse il corretto comportamento sessuale di uomini e donne, quali vestiti fosse opportuno indossare, quando ci si dovesse sposare e quando no e così via. Il loro disaccordo con i conservatori, cui erano contrapposti, riguardava solo che cosa dovesse essere regolamentato, non l'accettabilità di una regolamentazione invadente. Nel «mezzo», ma non si trattava davvero del mezzo, stava il povero milliano, sconcertato dalla supponenza con cui entrambe le parti trattavano la libertà individuale .

La domanda che dobbiamo porci, quindi, non è se ci piaccia più la sinistra o la destra. Dipingere questa questione come uno scontro tra la sinistra accademica e la gente comune conservatrice è profondamente fuorviante.⁶ La questione, piuttosto, è se, al livello più basilico della nostra organizzazione politica, riteniamo che l'unità politica fondamentale, il principale titolare di diritti, sia l'individuo o il gruppo. L'individuo ha alcuni spazi di libertà, alcuni diritti, che non possono essere revocati in base ai giudizi di una collettività, o l'interesse collettivo prevale sempre sul diritto individuale? In materia religiosa l'America, molto più dell'Europa, si è costantemente schierata contro i valori collettivistici e a favore di un forte rispetto della sfera di libertà dell'individuo. La maggior parte degli americani è sorpresa e turbata, per esempio, dalle leggi che proibiscono di indossare il velo musulmano o la kippah ebraica in alcuni ambiti della sfera pubblica

(scuole pubbliche, ruoli di governo) oggi comuni in molte parti d'Europa.⁷ In materia sessuale, tuttavia, America e Inghilterra sono state nel complesso più favorevoli dell'Europa continentale alla posizione collettivista, sostenendo una buona dose di supervisione pubblica della «morale», mentre l'Europa continentale ha privilegiato la protezione dell'individuo (per esempio, tutte le leggi che proibivano determinate attività sessuali tra adulti consenzienti furono abolite in Francia all'inizio del XX secolo, periodo in cui il rapporto anale, sia eterosessuale sia omosessuale, era ancora un reato capitale in Inghilterra).⁸ Noi americani siamo sempre stati molto legati alla libertà di coscienza, ma fino a tempi molto recenti non siamo stati in grado di vedere le scelte sessuali come questioni di coscienza, scelte che spetta agli individui coinvolti, e solo a loro, fare .

Nonostante la nostra storia peculiare, tuttavia, sembra essere giunto il momento di riconoscere che alcune questioni intimamente personali semplicemente non sono questioni il cui controllo - o anche solo l'osservazione - compete alla polizia .

2. Storia: le leggi antisodomia nella teoria e nella pratica

Le leggi antisodomia sono molto antiche. Fanno parte della tradizione giuridica angloamericana, e a un certo punto sono state adottate, in qualche forma, da ciascuno Stato della federazione americana. Fino al 1961, tutti i cinquanta stati proibivano legalmente la sodomia a qualche titolo. Al tempo del caso *Bowers v. Hardwick* (1986), ventiquattro stati continuavano ad avere leggi di questo tipo .

Le leggi antisodomia hanno perseguito due obiettivi distinti. Il primo era la regolamentazione delle pratiche sessuali non procreative, tanto per gli eterosessuali quanto per gli omosessuali: principalmente, i rapporti sessuali anali e orali, benché alcuni statuti includessero la masturbazione reciproca e la penetrazione con un oggetto. Quelli che seguono sono alcuni esempi di leggi, neutrali rispetto al genere delle parti coinvolte, che erano in vigore negli anni ottanta del secolo scorso: Maryland La sodomia è un reato. Prendere l'organo sessuale di un'altra persona nella bocca o mettere il proprio organo sessuale nella bocca di un'altra persona, o performare qualunque altra pratica sessuale

innaturale o perversa con chiunque costituisce pure reato. Nell'atto d'accusa in base a questo titolo non è necessario esporre il modo particolare in cui tale pratica sessuale innaturale o perversa è stata realizzata .

Florida Chiunque commetta un atto innaturale e libidinoso con un altro individuo è colpevole di un reato minore. L'allattamento di un bambino al seno materno non viola questa norma .

Oklahoma È un reato commettere il detestabile e abominevole crimine contro natura. Qualunque penetrazione sessuale, per quanto minima, è sufficiente a configurare il crimine contro natura .

Arizona Un individuo che commetta volontariamente e senza costrizione, in qualunque modo innaturale, qualunque atto osceno o libidinoso sul o con il corpo o qualunque parte o membro del corpo di un adulto di sesso maschile o femminile, con l'intento di eccitare, sollecitare o gratificare la lussuria, la passione, o il desiderio sessuale di una qualunque delle persone coinvolte, è colpevole di un reato minore .

Di altrettanto interesse per il suo lungo elenco di atti proibiti, benché sia chiaro dal contesto che esso si riferisce esclusivamente a persone dello stesso sesso, è questa legge del Missouri: Un rapporto sessuale deviato è qualunque atto che coinvolga i genitali di una persona e la bocca, la lingua, o l'ano di un'altra persona, o un atto sessuale che implichi la penetrazione, per quanto minima, degli organi sessuali maschili o femminili per mezzo di un dito, di uno strumento o di un oggetto compiuta allo scopo di eccitare o gratificare il desiderio sessuale di una qualunque delle persone coinvolte .

Queste leggi colpiscono tanto per la loro vaghezza quanto per la loro invadenza. Presumibilmente i legislatori volevano evitare quello che ritenevano essere un linguaggio offensivo; volevano anche evitare di mettere strane idee in testa alla gente. Il risultato è una notevole mancanza di chiarezza rispetto a che cosa sia proibito. Gli estensori della legge hanno lasciato margini enormi di discrezionalità con l'uso di parole come «libidinoso», «innaturale» e l'onnipresente «qualunque». Lo statuto del Maryland addirittura incoraggia a essere vaghi nello stesso atto d'accusa. La legge insolitamente chiara del Missouri criminalizza esplicitamente l'introduzione di un dito nella vagina o nell'ano, come anche l'uso di qualunque oggetto volto alla stimolazione sessuale di un altro individuo: ma altri statuti, inclusi molti di quelli

neutrali rispetto al sesso delle persone coinvolte, probabilmente includono tale condotta sotto la vaga rubrica pigliatutto di «qualunque atto». La misura della vaghezza di queste leggi è esemplificata dalla sorprendente legge della Florida, che ritiene necessario mettere in guardia i funzionari della legge dall'arrestare le madri che allattano al seno per «pratica sessuale innaturale». Se i legislatori hanno ritenuto che questa fosse un'interpretazione possibile del linguaggio generale dello statuto, non è difficile cogliere quanto fosse vago.

Le leggi antisodomia, quindi, anche se sono state in seguito rivolte ai rapporti omosessuali, erano originariamente una forma di regolamentazione altamente intrusiva e fortemente generica di pratiche sessuali comuni a milioni di americani. Analogamente, il reato di «pederastia» nel diritto inglese, anche se limitato al rapporto sessuale anale, si riferiva sia al rapporto tra un uomo e una donna sia a quello tra due uomini. Come le leggi americane, queste leggi originarie antisodomia erano chiaramente volte al controllo delle relazioni sessuali non procreative, benché nella realtà dei fatti fossero implementate nei confronti di coppie sposate.⁹ Un secondo obiettivo di queste leggi che sembra essersi sviluppato in Inghilterra e, in misura minore, in altri paesi europei nel tardo XIX secolo, e che si riflette in una minoranza di statuti americani del periodo del caso Bowers, è il controllo dei rapporti omosessuali. Il diritto inglese sembra non essersi mai dovuto preoccupare delle lesbiche, e i loro possibili rapporti sessuali non furono mai illegali¹⁰ (né l'Inghilterra si è mai preoccupata dei rapporti orali o dell'uso di oggetti tra eterosessuali o tra donne). Per quanto riguarda gli uomini, tuttavia, il reato di sodomia (il termine più moderno per «pederastia») non era considerato sufficientemente ampio, benché la sodomia, reato capitale fino al 1861, continuasse a essere punibile con una pena carceraria tra i dieci anni e l'ergastolo. Nel 1885 una nuova legge che avrebbe criminalizzato un insieme molto più ampio di atti omosessuali fu proposta da Henri Labouchère ed emanata dal Parlamento come emendamento a una legge che godeva di ampi consensi, volta a proteggere le donne dal traffico sessuale aumentando l'età del consenso da tredici a sedici anni. L'Emendamento Labouchère prevedeva che «qualunque individuo di sesso maschile che, in pubblico o in privato, commetta [...] qualunque atto osceno grave con un altro individuo di sesso maschile, si rende colpevole di un reato minore, e

una volta arrestato, sarà soggetto [...] alla detenzione per un periodo di tempo non superiore ai due anni, con o senza lavori forzati».11 Giunti a questo punto, i legislatori non sembravano preoccuparsi molto del rapporto anale tra uomini e donne (anche se la distribuzione di contraccettivi e di informazioni sulla contraccezione continuò a lungo a costituire un reato, il reato per cui John Stuart Mill fu arrestato da giovane) e gli inglesi non si sono mai occupati delle lesbiche. Una vera e propria isteria sull'omosessualità maschile, tuttavia, portò a numerosi arresti e condanne, inclusa la famosa condanna di Oscar Wilde. Wilde aveva inopinatamente citato per diffamazione il marchese di Queensberry, il quale aveva lasciato un biglietto affisso alla porta del club di Wilde dov'era scritto che lo scrittore si stava «atteggiando da sodomita» (solo che non sapeva scrivere la parola, e scrisse «somdomita» [somdomite]). Dopo che Queensberry ebbe vinto la causa per diffamazione poiché la sua azione era giustificata dai fatti, Wilde fu messo sotto accusa - in base all'Emendamento Labouchère, e non alla legge antisodomia, perché Wilde prediligeva il sesso orale, e non c'erano prove che avesse mai avuto rapporti anali con alcuna delle persone che frequentava. In un primo processo la giuria non riuscì a raggiungere un verdetto, ma nel secondo si giunse a una sentenza e a una condanna al periodo massimo di detenzione. La salute di Wilde ne fu compromessa, ed egli morì in Francia all'età di quarantasei anni .

La sentenza di condanna di Wilde fornisce un tipico esempio di politica del disgusto. Il giudice Wills disse: Oscar Wilde e Alfred Taylor, il crimine di cui siete stati accusati è così grave che occorre imporsi un severo ritegno per trattenersi dal descrivere, in un linguaggio che preferirei non usare, i sentimenti che non possono che sorgere nel petto di ogni uomo d'onore che abbia udito i dettagli di questi due terribili processi [...]. Non ha senso che mi rivolga a voi. Persone che possono fare queste cose non possono che essere immuni a qualunque senso di vergogna, e non si può sperare di produrre alcun effetto su di loro. È il caso peggiore che abbia mai giudicato .

Siamo sul terreno di Devlin e, per quanto il giudice abbia scelto di non descrivere i propri «sentimenti», la sua violenta denigrazione degli accusati rende il suo disgusto più che evidente. Di fatto, potremmo dire che il suo intero discorso (che era molto più lungo del brano qui riportato) somiglia più a una crisi di vomito che a un'argomentazione

giudiziaria. Questo giudice aveva esercitato le sue funzioni per un certo periodo di tempo, occupandosi di omicidi, stupri e molti altri reati gravi. Cosa aveva fatto Wilde per meritarsi l'etichetta di «caso peggiore»? Aveva avuto rapporti sessuali orali con un certo numero di prostituti (solo uno non si prostituiva, e aveva più di vent'anni e aveva cercato Wilde insistentemente, per cui non si trattava di un caso di «corruzione dei giovani»). Trattava tutti i suoi partner con la massima gentilezza e generosità, regalando loro oggetti costosi (doni, come i portasigarette di argento intarsiato che in seguito contribuirono alla sua condanna); i rapporti avvenivano in un luogo privato, solitamente in hotel raffinati, per cui non vi era un'offesa diretta a persone che assistessero all'atto. Sembra semplicemente folle definire questo come «caso peggiore». E tuttavia è così che l'intera Inghilterra vittoriana lo vide, non senza enorme ipocrisia, dal momento che gli atti sessuali tra maschi, come i pestaggi sadici, erano pane quotidiano nelle «scuole pubbliche» maschili d'élite .

In Inghilterra, quindi, per quanto riguarda la sodomia eterosessuale, abbiamo un rigido controllo seguito da una graduale caduta in disuso, ma nessun disgusto pubblico violento. Rispetto agli atti omosessuali, al contrario, la politica del disgusto ha prevalso e non è stata messa in discussione fino al rapporto della commissione Wolfenden nel 1957 (l'occasione per la famosa difesa del disgusto di Devlin) .

Le cose sono andate più o meno nello stesso modo negli Stati Uniti: la maggior parte dei primi statuti criminalizzava un'ampia gamma di atti sessuali, inizialmente, sembra, vigilando su un vasto e in qualche modo indeterminato spettro di atti non riproduttivi. Col passare del tempo, tuttavia, i fanatici si sono concentrati ossessivamente sulla sorveglianza dell'omosessualità (specialmente maschile). Le leggi statunitensi vanno molto al di là di quanto abbiano mai fatto le leggi britanniche, praticamente ciascuna di loro include rapporti sia orali sia anali; in genere si applicano alle lesbiche come agli eterosessuali e agli uomini gay e molte includono una gamma molto ampia di pratiche eterosessuali comuni. Alcune sono così vaghe che potrebbero essere interpretate in modo da ricomprendere la masturbazione solitaria (la legge dell'Arizona, per esempio, non richiede «un'altra persona», ma solo «un solo adulto di sesso maschile o femminile»). Tuttavia, la

probabilità che un singolo individuo o una coppia sposata fosse condannata in base a queste leggi è sempre stata minima, e anche le coppie eterosessuali non sposate sono state solitamente accusate di tali reati solo come imputazioni ulteriori rispetto ad accuse di adulterio o fornicazione. Con il passare del tempo, quando anche le leggi sull'adulterio e la fornicazione caddero in disuso, lo zelo dei moralisti si concentrò intensamente e in misura crescente, come in Inghilterra, sugli atti omosessuali, soprattutto quelli tra uomini .

I motivi di questo cambiamento non sono facili da individuare. La moralità vittoriana, come la sua controparte americana, era rigida rispetto a una varietà di cose, e la sua particolare preoccupazione per gli atti omosessuali tra uomini è un po' difficile da comprendere oggi. Ricordo la smorfia disgustata con cui nella mia infanzia era menzionato l'argomento dell'omosessualità maschile, in un periodo in cui i rapporti orali tra eterosessuali non sarebbero stati un problema; ma, come per il disgusto in generale, le ragioni di questa asimmetria, in Inghilterra come negli Stati Uniti, sono difficili da capire. Forse, tuttavia, è stato l'assoluto dominio e prominenza degli uomini ad alimentare quest'ansia che la loro sessualità potesse esprimersi in modi non riproduttivi e non patriarcali (questa interpretazione è supportata dall'insolito zelo con cui la società ha perseguitato uomini come Wilde, che hanno scelto di condurre vite apertamente «devianti»).¹² Benché l'Europa continentale fosse per molti versi meno persecutoria, la Germania seguì la tendenza, criminalizzando per la prima volta i rapporti omosessuali tra uomini nel 1871 ¹³ (come in Inghilterra, le stesse pratiche svolte tra donne non furono mai illegali) .

Le leggi antisodomia sollevano due problemi distinti. Primo, costituiscono un'intollerabile, persino assurda, ingerenza. Che diritto ha lo stato di venirmi a dire dove dovrei mettere il dito o, più in generale, quali cose posso fare con un partner consenziente? Oggi la maggior parte degli americani è contraria alle leggi contro l'adulterio, anche se in questo caso un milliano potrebbe sostenere che è stato violato un contratto che coinvolge gli interessi del coniuge (la violazione di un contratto, tuttavia, è un reato civile, non penale). Senza dubbio la maggioranza degli americani è contraria oggi alla sorveglianza dello Stato su qualunque comportamento sessuale consensuale, e da lungo tempo ha espresso questa posizione nel caso

degli eterosessuali. Il secondo problema è che molte di queste leggi sono inaccettabilmente vaghe, lasciando decisamente troppi margini alla discrezionalità dei funzionari del governo chiamate a interpretarle. La vaghezza è quasi sempre una fonte di problemi di costituzionalità. Terzo, questi statuti sono discriminatori, o nella lettera della legge, che criminalizza solo le azioni degli omosessuali e non quelle simili compiute da eterosessuali, oppure nell'applicazione, che ha riguardato, almeno di recente, solo gli omosessuali. Potremmo aggiungere che la loro ingerenza è più grave per gli omosessuali che per gli eterosessuali, perché l'eterosessuale prudente può trovare un modo di essere un cittadino rispettoso della legge senza rinunciare completamente al sesso, mentre l'omosessuale fondamentalmente deve astenersi del tutto dalle relazioni sessuali (anche se la masturbazione reciproca è ancora permessa dalla maggior parte degli statuti, a meno che non rientri nella categoria «qualunque altra pratica sessuale innaturale o perversa»).

Le leggi antisodomia hanno avuto un'influenza dimostrabile sulla violenza contro le lesbiche e, soprattutto, i gay. Descrivendo gli uomini gay come fuorilegge, comunicavano agli individui inclini alla violenza che la violenza contro quel gruppo non sarebbe stata presa così seriamente come quella contro gli altri cittadini. Gary David Comstock, nella sua importante analisi della violenza contro i gay, ha concluso che il responsabile tipico di un'aggressione antigay non era qualcuno che nutriva un odio profondo verso gli omosessuali, si trattava, piuttosto, di una persona (spesso giovane e ubriaca) che aveva voglia di fare a botte e che pensava, ragionevolmente, che la polizia avrebbe chiuso un occhio se la vittima fosse stato un uomo gay.¹⁴ Di fatto, come dimostrato da questa ricerca, spesso i responsabili erano gli stessi poliziotti. Un anonimo poliziotto di una grande città disse di aver malmenato diciassette uomini gay solo nell'ultimo anno. L'accanimento dell'agente Torick nei confronti di Michael Hardwick e la sua soddisfazione nel poterlo mettere in una posizione vile e umiliante non è un caso isolato, né lo è il pestaggio che Hardwick subì in seguito per mano di tre uomini che andarono a casa sua, gli strapparono le cartilagini del naso, lo presero a calci in faccia e gli spezzarono sei costole.¹⁵ Cosa fu a causare l'aggressione? L'essere venuti a conoscenza del fatto che Hardwick era stato accusato di bere in pubblico presso un noto locale gay, il che faceva di lui un omosessuale

e (quindi) un fuorilegge. In questo caso, come in molti altri, le leggi antisodomia hanno una responsabilità enorme .

3. Libertà, privacy e il Quattordicesimo Emendamento

Ma il Quattordicesimo Emendamento della Costituzione americana afferma che: «Nessuno Stato può emanare o applicare alcuna legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; nessuno Stato può privare un individuo della vita, libertà o proprietà senza un processo nelle forme stabilite dalla legge; né negare a qualunque individuo soggetto alla sua giurisdizione l'eguaglianza delle leggi». Aggiunto al testo costituzionale poco dopo la Guerra civile, l'Emendamento mirava anzitutto a scongiurare che gli stati del Sud potessero privare gli ex schiavi dei diritti fondamentali. Con il passare degli anni, l'Emendamento è diventato uno strumento essenziale per la protezione dei diritti fondamentali di tutti gli individui, ma in particolare di quelli che appartengono a gruppi sociali marginalizzati o subordinati. Anche se in alcune fasi di questa storia la regola su «privilegi e immunità» ha svolto un ruolo rilevante, ai fini della nostra discussione le clausole più importanti sono la seconda e la terza, rispettivamente il principio del giusto processo (due process clause) e quello di eguaglianza (equal protection clause). Riflettere su queste clausole e su ciò che esse tutelano è complicato e ingenera una certa confusione, dal momento che entrambe sono state impiegate in difesa di libertà fondamentali ed entrambe hanno una forte componente egualitaria .

Come abbiamo visto nel secondo capitolo, il principio costituzionale di eguaglianza tutela i gruppi subordinati da leggi che incarnino o promuovano forme sistematiche di gerarchia e subordinazione. In alcuni casi, come abbiamo visto, ha inoltre protetto cittadini che non rientravano in uno di quei gruppi da una fondamentale violazione della loro eguaglianza di diritti motivata da ostilità o paura. Esiste, tuttavia, un ulteriore aspetto dell'eguaglianza, perché è stato in base a tale principio che alcuni diritti fondamentali dei cittadini inizialmente non indicati nella Costituzione - il diritto di voto, per esempio, o il diritto di viaggiare - sono poi stati riconosciuti e dotati di

valore costituzionale. Questo aspetto dell'eguaglianza non verrà approfondito in questo capitolo ma diventerà importante nel prossimo, perché il caso *Romer v. Evans*, fondamentale per la protezione di gay e lesbiche dalla discriminazione, fu inizialmente sostenuto nei termini della tradizione del principio di eguaglianza .

Per il momento, tuttavia, ci concentreremo sul modo in cui alcune libertà personali sostanziali sono state protette attraverso il principio del giusto processo. Non vi è alcun dubbio che il principio del giusto processo tuteli i cittadini da violazioni procedurali dei loro diritti. Ad aver suscitato molte più controversie è la questione se il principio protegga anche le libertà sostanziali. Il «giusto processo sostanziale» si è guadagnato una cattiva reputazione durante l'età progressista, quando giudici ostili alla legislazione di tutela dei lavoratori usarono quel principio per bloccare una varietà di riforme progressiste, compresi il salario minimo e le leggi sull'orario di lavoro, con l'argomentazione che esse interferivano con la «libertà del contratto». Negli anni a seguire, ci fu una notevole riluttanza a usare quel principio per proteggere le libertà sostanziali, finché il crescente malcontento per le ingerenze della regolamentazione in ambito sessuale ha convinto la Corte a reconsiderarlo .

Il revival moderno del giusto processo sostanziale è nato da una legge del Connecticut che rendeva illegale l'uso di «qualunque sostanza o strumento» per prevenire la concezione e che inoltre, in uno statuto «accessorio», criminalizzava le attività di consulenza in materia di contraccezione. Il direttore e il dirigente medico di Planned Parenthood¹⁶ sono stati condannati e multati in base allo statuto accessorio per aver dato consigli sulla contraccezione e per aver prescritto anticoncezionali a coppie sposate (di conseguenza, la legge è stata impugnata solo nella misura in cui limitava i diritti delle coppie sposate). Nel 1965, la Corte Suprema stabilì che quella legge violava il principio del giusto processo del Quattordicesimo Emendamento.¹⁷ Com'è noto, la pronuncia del giudice Douglas riconosceva l'esistenza di un «diritto alla privacy», sostenendo che questo diritto, benché non esplicitamente nominato nel testo della Costituzione, era implicito nelle «penombre» ed «emanazioni» di altri diritti (come il diritto, stabilito dal Quarto Emendamento, di non essere soggetto a perquisizioni e arresti senza mandato) .

Il caso *Griswold v. Connecticut* riguardava un diritto non esplicitamente riconosciuto che può apparire progressista, parte di un movimento verso la «liberazione sessuale» (ovviamente, le coppie sposate da tempi immemorabili usano diverse forme di contraccezione artificiale, e l'avvento della pillola ha solo reso le cose più facili sia per le coppie sposate sia per quelle non sposate). Il tipo di ragionamento alla base di quel pronunciamento, tuttavia, non ha nulla a che vedere con propensioni «liberali». Proviamo a immaginare una legge, come quella un tempo in vigore in Cina, che proibisca alle coppie sposate di avere più di un figlio: questa legge sarebbe revocata in quanto incostituzionale sulla base del precedente del caso *Griswold*. Come ho già sottolineato, la minaccia alla dignità e all'autonomia dell'individuo proviene tanto da destra quanto da sinistra, e il caso *Griswold* afferma il principio che l'individuo gode di diritti fondamentali alla non ingerenza, anche quando questi non sono chiaramente espliciti .

Il caso *Griswold* è diventato il fondamento per una serie di cause molto con troverse sul «diritto alla privacy», tra le quali soprattutto *Roe v. Wade*,¹⁵ che riconosceva un (limitato) diritto all'aborto. Come accade spesso nelle controversie, le questioni fondamentali hanno assunto toni confusi ed è stato talvolta suggerito che il fatto che un diritto non sia esplicitamente elencato nella Costituzione renderebbe il suo riconoscimento un intervento politico illecito. Alcuni la pensano così, tuttavia, solo perché sono stati abituati a considerare il diritto alla privacy come un caso isolato, piuttosto che a guardare ai molti modi in cui sono stati riconosciuti diritti non originariamente previsti. Infatti, non dovrebbe essere una sorpresa per nessuno il fatto che la Costituzione protegga diritti che non sono in essa elencati. Alcuni dei diritti che custodiamo più gelosamente (il diritto di voto, il diritto di viaggiare) rientrano in questa categoria (essendo stati riconosciuti in quanto impliciti nel principio costituzionale di eguaglianza). Neanche i giuristi più conservatori contestano questi diritti. E di fatto, nessuno ritiene che il principio del giusto processo non tuteli diritti di libertà che devono essere ulteriormente definiti e specificati. L'opposizione non approfondisce l'argomento: si limita ad attaccare il diritto alla privacy in sé come illegittimo. A mio parere l'opposizione non ha fornito ragioni sufficienti a spiegare perché questo diritto non dovrebbe essere

legittimamente riconosciuto dai giudici, mentre gli altri più consolidati sì .

Il progetto fondamentale che il giudice Douglas stava portando avanti non solo non è illecito, ma è centrale nella nostra tradizione costituzionale. Eppure, in termini di teoria del diritto, molti studiosi hanno trovato il riferimento del giudice Douglas alle «penombre» piuttosto oscuro. Molti hanno anche ritenuto lo stesso concetto di privacy poco chiaro e in un certo senso fuorviante, e io concordo con loro. È importante, tuttavia, tenere distinte due domande diverse: il principio del giusto processo offre una base per il riconoscimento di diritti di libertà non enumerati nel campo della scelta sessuale? E: dovremmo accettare la particolare argomentazione con cui il giudice Douglas ha sostenuto questa posizione? La risposta alla prima domanda è «sì». Proprio come la nostra tradizione ha riconosciuto come impliciti nel principio costituzionale di eguaglianza una serie di diritti non esposti dei quali usufruiamo quotidianamente, allo stesso modo ha stabilito che il principio del giusto processo protegge alcuni diritti non enumerati nel campo della «libertà». La libertà, dopotutto, è menzionata esplicitamente nel testo costituzionale, quindi ciò che i giudici stanno facendo è determinare, come è loro compito, ciò che quel termine comprende. Questo è l'obbligo ineludibile dell'interpretazione giudiziaria nei casi in cui la Costituzione offre solo una nozione molto generale, tipo «libero esercizio della religione» o, in questo caso, «libertà» .

James Madison, il principale artefice della nostra Costituzione, era ben consapevole che l'enumerazione di alcuni diritti in una Bill of Rights avrebbe potuto essere usata per negare la rilevanza costituzionale di altri diritti non enunciati, e per questo motivo propose il Nono Emendamento, che stabilisce che «l'enumerazione nella Costituzione di alcuni diritti non deve essere usata per negarne o ridurre altri di cui è titolare il popolo» .

Questi diritti di libertà non elencati erano stati considerati inclusi nel principio del giusto processo ben prima della controversa formulazione di un «diritto alla privacy». Nel 1923, in *Meyer v. Nebraska*¹⁹ la Corte ha invalidato una legge che rendeva illegittimo l'insegnamento di qualunque lingua moderna oltre all'inglese nelle scuole pubbliche o private. La Corte riconobbe come implicita nel

principio del giusto processo un'ampia gamma di diritti di libertà: non solo la libertà dalla coercizione fisica, ma anche il diritto dell'individuo a stipulare contratti, intraprendere una delle comuni occupazioni della vita, acquisire conoscenza, sposarsi, metter su casa e crescere dei figli, venerare Dio in base ai dettami della propria coscienza, e in generale godere di quei privilegi da tempo riconosciuti dal diritto consuetudinario come essenziali a una metodica ricerca della felicità .

Due anni dopo, in *Pierce v. Society of Sisters*,²⁰ la Corte invalidò una legge che imponeva a tutti bambini di frequentare scuole pubbliche e non private, in quanto interferiva in maniera incostituzionale con la «libertà dei genitori e dei tutori di decidere dell'educazione e dell'istruzione dei bambini affidati alla loro potestà». Nel 1928 questa serie di decisioni fu riassunta dal giudice Brandéis con un'argomentazione che, benché inizialmente espressa come opinione dissenziente, è stata più volte citata come la sintesi ultima di una lunga tradizione di libertà: Gli artefici della nostra Costituzione intendevano assicurare condizioni favorevoli alla ricerca della felicità. Riconobbero la rilevanza della natura spirituale dell'uomo, dei suoi sentimenti e del suo intelletto; sapevano che solo una parte del dolore, del piacere e delle soddisfazioni della vita può essere trovata nelle cose materiali. Essi cercarono di proteggere gli americani nelle loro convinzioni, nei loro pensieri, nelle loro emozioni e nelle loro sensazioni. Essi sancirono, nei confronti del governo, il diritto a essere lasciati soli: il diritto più esteso e più ambito dagli uomini civili.²¹ Quindi, il principio del giusto processo è stato interpretato come posto a tutela di alcuni diritti nell'ambito generale della relazione intima, compresi i diritti che riguardano la famiglia ma non solo. Nel caso *Griswold* la decisione fece opportunamente riferimento a questa serie di casi per tutelare il ricorso alla contraccezione tra coppie sposate all'interno della propria casa .

Questi diritti di libertà appartengono solo alle coppie sposate? Nel 1972, in *Eisenstadt v. Baird*,²² la Corte si esprime in direzione contraria. Il caso *Eisenstadt* riguardava la distribuzione di crema spermicida a donne non sposate durante un incontro pubblico. La sentenza fu argomentata in base al principio costituzionale di eguaglianza, non a quella di giusto processo, ma le sue conclusioni sono importanti anche per quanto riguarda la libertà tutelata dal giusto

processo: Qualunque sia il diritto dell'individuo ad avere accesso a strumenti di contraccezione, quel diritto deve essere lo stesso per gli individui sposati e per gli individui non sposati [...] perché il diritto alla privacy garantito dalla Costituzione appartiene all'individuo, non alla coppia di coniugi .

Ritenendo correttamente che il Quattordicesimo Emendamento attribuisca diritti alla «persona», non a gruppi o collettività, e nemmeno alle coppie, nel caso Eisenstadt si dedusse che i diritti di libertà discussi in Griswold e altri casi simili sono i diritti individuali delle persone di compiere le scelte intime che li riguardano. E se li intendiamo in questo modo, il principio costituzionale di eguaglianza ci impone (sostenne la Corte) di estendere quei diritti agli individui non sposati .

La coppia di coniugi non è un'entità indipendente con una propria mente e un proprio cuore, ma un'associazione di due individui con distinte caratteristiche intellettuali ed emotive. Se il diritto alla privacy ha un qualche significato, esso risiede nel diritto dell'individuo, sposato o single, di essere libero da intrusioni ingiustificate da parte del governo in materie che riguardano in modo così fondamentale la sua persona, come la decisione di avere o concepire un figlio .

Ciò che dovrebbe essere chiaro a questo punto è che esiste una lunga tradizione di riconoscimento di vari interessi di libertà nel campo della relazione intima in base al principio del giusto processo. Alcuni di questi riguardano il matrimonio e la famiglia, ma anche in questo caso sono intesi come diritti decisionali degli individui, e il caso Eisenstadt ha esplicitamente stabilito che i diritti relativi alla scelta sessuale appartengono agli individui non sposati come a quelli sposati .

Nel caso Griswold la decisione di invalidare l'invadente legge del Connecticut sulla base del giusto processo fu quindi corretta. Ma c'è molto da ridire sul modo in cui il giudice Douglas argomentò la sua posizione, e in particolare sulla nozione di privacy che ha invocato. Quello di privacy è uno dei concetti più vaghi e confusi del diritto:²³ racchiude idee di segretezza delle informazioni, di pudore, di riservatezza e di autonomia decisionale, in un modo che può ingenerare confusione. Nel campo della libertà sessuale, la nozione di privacy suggerisce un'idea di libertà decisionale, l'idea che alcune scelte (di relazione intima, riproduzione e contraccezione) debbano essere fatte dagli individui per conto proprio, senza la supervisione dello Stato.

Essa suggerisce anche un'idea di riservatezza, che riguarda la tutela di terzi da una potenziale offesa, e l'idea della casa come spazio privilegiato in cui il governo non deve entrare. In Griswold, per esempio, il giudice Douglas ha chiesto retoricamente: «Vogliamo permettere alle forze di polizia di perquisire i recinti sacri delle camere da letto in cerca di segni rivelatori dell'uso di contraccettivi?» .

La componente decisionale della privacy e l'idea della casa come spazio protetto non sono due elementi distinti. Sono collegati dall'idea di riservatezza. Se torniamo alle tre categorie di comportamento sessuale che abbiamo individuato in precedenza, possiamo ritenere in modo plausibile che le decisioni che solo all'individuo spetta fare e che non dovrebbero essere controllate dallo Stato, sono esclusivamente quelle che rientrano nella nostra terza categoria, decisioni che coinvolgono solo coloro che vi acconsentono e non altri che potrebbero essere danneggiati dalla scelta. Pratiche che avvengono in spazi riservati, se pienamente consensuali, di solito non recano danno ad altri non consenzienti. La casa costituisce un esempio di spazio riservato - anche se certamente non l'unico. Se determinate azioni sono compiute nello spazio domestico, e sono pienamente consensuali, sono azioni solitamente rivolte al sé, nel senso individuato da Mill. Azioni compiute in uno spazio pubblico possono più facilmente coinvolgere gli interessi di parti non consenzienti. Ma il concetto milliano di condotta rivolta al sé non equivale all'idea della casa come spazio privilegiato: molte cose che avvengono all'interno dello spazio domestico non sono consensuali e arrecano danno a parti non consenzienti. La (ipotetica) privacy dello spazio domestico è stata troppe volte invocata per proteggere l'abuso sui minori, la violenza domestica e lo stupro coniugale dallo scrutinio della legge. Inoltre, la condotta può essere rivolta al sé nel senso di Mill anche quando ha luogo all'esterno della casa: perché potrebbe avere luogo in una stanza d'albergo, un club privato, o persino uno spazio isolato all'aperto .

A essere discutibile nel caso Griswold e nella serie di casi che ne sono derivati, pertanto, non è il fatto che essi riconoscano diritti sostanziali di libertà nell'ambito della relazione intima, come è implicito nel principio del giusto processo, ma il modo in cui vengono confusi l'aspetto decisionale della privacy e la dimensione spaziale,

suggerendo che lo spazio domestico costituisca un luogo privilegiato di libertà decisionale, una sorta di area off limits per il governo .

Una decisione che ha operato questa sovrapposizione in modo particolarmente chiaro è stata presa sul caso Stanley v. Georgia,²⁴ in cui la Corte ha sostenuto che il diritto dell'individuo all'uso privato di materiale osceno a casa propria. La Corte avrebbe potuto affermare che il possesso personale e l'uso privato di tale materiale, che non provochi un'offesa diretta ad altri, è protetto dalla Costituzione. Invece, la Corte ha confuso le acque parlando di un «diritto a soddisfare i propri bisogni intellettuali ed emotivi nella privacy della propria abitazione» e concludendo che il potere statale di regolare il materiale osceno «non si estende al semplice possesso [del materiale] da parte dell'individuo nella privacy della sua abitazione». Se Stanley avesse sfogliato le proprie riviste in una stanza d'albergo, o in un cottage affittato temporaneamente per una vacanza, cosa sarebbe successo? Può la polizia perquisire villaggi turistici, alberghi e uffici in edifici privati in cerca di prove del possesso di materiale osceno? E perché mai questi spazi riservati meriterebbero una tutela inferiore rispetto alla casa? Il riferimento della Corte alla casa è potente sul piano retorico, ma non molto utile sul piano analitico.²⁵

Occorre ora sgombrare il campo da un'altra fonte di potenziale confusione. Il principio del giusto processo è stato spesso ritenuto tradizionale o arretrato, perché due importanti sentenze hanno descritto le libertà protette dal principio come quelle che sono «profondamente radicate nella storia e nella tradizione di questa nazione»²⁶ e «implicite nel concetto di ordinata libertà».²⁷ Anche se la tradizione fosse la nostra unica guida, tuttavia, esisterebbe comunque un problema di rapporto tra il generale e il particolare: perché, anche se fosse vero che il diritto degli omosessuali di praticare sodomia non rientra, in quanto tale, in queste descrizioni, a un livello più generale la nostra tradizione riconosce il diritto degli individui di prendere decisioni intime sulle proprie vite sessuali (in modo particolarmente chiaro per gli individui sposati, ma il caso Eisenstadt ha esteso quel diritto anche a quelli non sposati). Inoltre, esistono altre formulazioni del giusto processo che suggeriscono un approccio meno legato alla tradizione: per esempio, una sentenza del 1932 insiste sul fatto che l'indagine debba verificare se un diritto «è di natura tale da non poter essere negato senza con questo

violare quei principi fondamentali di libertà e giustizia che sono alla base di tutte le nostre istituzioni civili e politiche».28 Un diritto alla relazione intima definito in modo tale da escludere atti che arrechino danno a parti non consenzienti soddisfa questo requisito .

4. Bowers v. Hardwick; ingerenza e ottusità

Michael Hardwick, un uomo gay, stava bevendo una birra dopo il lavoro in un bar gay dove aveva aiutato alcuni amici a installare del materiale isolante.29 Mentre andava via, gettò la bottiglia di birra nel cestino della spazzatura accanto alla porta d'ingresso del bar. In quel preciso momento passò una macchina della polizia. Vedendo Hardwick, il poliziotto tornò indietro e gli chiese dove fosse la birra. Hardwick rispose che l'aveva buttata nella spazzatura. Il poliziotto lo fece salire sulla volante e gli chiese cosa stesse facendo in quel bar. Hardwick disse che ci lavorava, il che lo identificò come un omosessuale. Il poliziotto gli chiese allora di mostrargli la bottiglia che diceva di aver buttato nella spazzatura, ma dall'interno della macchina non si riusciva a vedere il contenuto del bidone, e Hardwick aveva paura di allontanarsi senza un'esplicita autorizzazione. Alla fine il poliziotto multò Hardwick per consumo di alcol in pubblico, ma la contravvenzione fu compilata in modo impreciso, con due diverse date di convocazione in tribunale riportate su due diverse parti del foglio. Quando Hardwick non si presentò alla prima delle due (perché era la seconda a essere riportata in cima alla contravvenzione), fu emesso un mandato d'arresto nei suoi confronti. Due ore dopo, l'ufficiale Torick si presentò a casa sua. Di solito ci vogliono quarantotto ore per processare un mandato d'arresto, ma Torick se ne occupò di persona, prendendo il caso particolarmente a cuore .

Quando Torick arrivò, Hardwick non era in casa; tuttavia, quando venne a sapere da un coinquilino della visita di un poliziotto con un mandato d'arresto, andò al tribunale e mostrò le due date sulla contravvenzione al cancelliere, il quale gli comminò una multa da cinquanta dollari che Hardwick pagò. Il cancelliere gli rilasciò una ricevuta e si disse sorpreso che Torick si fosse occupato personalmente del mandato. Tre settimane dopo, Hardwick fu aggredito da tre giovani

uomini di fronte a casa: evidentemente si era sparsa la voce del suo orientamento sessuale .

Alcuni giorni dopo, Torick tornò a casa sua. Un amico che si trovava lì in visita, e dormiva sul divano, aprì la porta (a questo punto il mandato era scaduto da più di tre settimane). Torick andò verso la stanza da letto e aprì la porta. Hardwick ricorda di aver sentito rumore, ma di aver pensato che fosse il vento. Tornò a quello che stava facendo, ovvero un rapporto orale reciproco con un partner di sesso maschile. Passò circa un minuto prima che Torick annunciasse la propria presenza e dichiarasse che Hardwick era in stato di arresto. «E io ho detto, per quale motivo? Che ci fai nella mia camera da letto?» Torick disse di avere un mandato ma Hardwick gli fece notare che non era più valido. Il poliziotto rispose che non importava, perché aveva agito in buona fede. Dopo aver rifiutato di allontanarsi mentre Hardwick e il suo amico si rivestivano, li portò in una centrale, e disse a tutti gli altri prigionieri che erano omosessuali (in realtà, disse alle guardie e agli altri agenti carcerari che Hardwick era lì per «aver succhiato il cazzo» e che non gliene sarebbero mancate le opportunità in galera). Hardwick fu iscritto al registro per sodomia. La legge della Georgia, emanata nel 1816, stabiliva che «un individuo commette il reato di sodomia quando pratica o si sottopone a qualunque atto sessuale che coinvolga gli organi sessuali di un individuo e la bocca o l'ano di un altro» .

A questo punto, l'American Civil Liberties Union si interessò al caso di Hard wick e decise che si trattava di una buona occasione per mettere in discussione la legge antisodomia, dal momento che il rapporto sessuale coinvolgeva due adulti consenzienti e aveva avuto luogo in uno spazio riservato. Per un certo periodo di tempo una coppia eterosessuale, i «Does», si unì all'azione contro la legge antisodomia della Georgia (che era neutrale rispetto all'orientamento sessuale), ma fu loro negata l'udienza presso la Corte distrettuale perché essi non correavano il «pericolo immediato di subire un danno diretto in seguito all'applicazione dello statuto». Quindi lo Stato ammise che lo statuto, benché neutrale, era applicato in modo diseguale .

La strategia dello Stato era quella di concentrarsi incessantemente sulla condotta omosessuale piuttosto che sulla nozione più ampia di pratiche sessuali proibite. Quando il caso fu discusso davanti alla Corte Suprema, il procuratore generale della Georgia, Bowers, fece

riferimento all'omosessualità durante tutta la sua arringa, e nel suo rapporto affermò che «la sodomia omosessuale conduce ad altre pratiche deviate come il sadomasochismo, le orge di gruppo o il travestitismo, per menzionarne solo alcune» (Hardwick non era mai stato associato ad alcuna di queste pratiche). Bowers menzionò ripetutamente le saune gay e suggerì un legame tra la legge antisodomia e l'interesse dallo Stato nella salute pubblica. Anche se le affermazioni più scandalose di Paul Cameron non furono ricordate esplicitamente, la strategia generale seguita dallo Stato era quella basata sul disgusto e la paura che lui aveva elaborato - benché sia l'American Psychological Association sia l'American Public Health Association avessero sottolineato la frequenza delle pratiche fuorilegge tra gli eterosessuali, incluso l'80% delle coppie sposate. Il professore di diritto di Harvard Lawrence Tribe, nel difendere Hardwick, cercò di portare l'attenzione della Corte sulla questione generale dell'ingerenza e dei limiti del potere di governo, enfatizzando la natura intima e riservata dell'attività sessuale di Hardwick in un modo che faceva appello a un più generale interesse umano alla non interferenza .

Il 30 giugno 1986 la Corte Suprema convalidò la legge antisodomia con un voto di cinque a quattro (questo risultato divenne in seguito ancora più controverso quando fu reso noto che il giudice Powell aveva cambiato la propria decisione di voto all'ultimo momento - solo per pentirsi in seguito e ammettere pubblicamente di aver probabilmente sbagliato).³⁰ Il difetto fondamentale dell'opinione di maggioranza (attraverso il giudice White) e la ancora più severa opinione concorrente del primo giudice Burger risiede in una mancanza di immaginazione umana - di «umanità» nell'accezione da me usata .

Perché, ci si potrebbe chiedere, i giudici dovrebbero usare la loro immaginazione? Indubbiamente il loro mestiere è interpretare fedelmente la Costituzione. Sì, certo - ma questo caso, come molti casi difficili che raggiungono la Corte Suprema, non può essere risolto attraverso argomentazioni puramente tecniche. Al contrario, i giudici devono prendere in considerazione somiglianze e differenze rilevanti, e questo significa che devono cercare di comprendere interessi e aspirazioni umane. Per poter decidere se i diritti intaccati dalla legge antisodomia della Georgia siano tutelati dal principio del giusto processo, un giudice deve prima di tutto individuare le specificazioni

pertinenti di tali diritti. Questa legge minaccia forse un diritto di tutte le persone alla relazione intima consensuale? Descritto in questi termini, il diritto sembrerebbe essere tanto fondamentale quanto profondo, ed è questa la descrizione suggerita naturalmente dal testo della legge della Georgia, la quale si applica a persone di ogni orientamento sessuale. Per verificare se tale descrizione del diritto sia pertinente, un giudice dovrebbe chiedersi se la libertà rivendicata da Michael Hardwick sia significativamente analoga ai diritti decisionali degli individui già riconosciuti dalla Corte .

Ma il giudice White considerò la questione in modo restrittivo, riferendola al quesito «se la Costituzione federale attribuisca agli omosessuali un diritto fondamentale a praticare la sodomia». Il giudice aggiunse poi che è «evidente che nessuno dei diritti riconosciuti in quei casi [precedenti relativi alla privacy] ha alcuna somiglianza con il preteso diritto costituzionale degli omosessuali a praticare atti di sodomia». Rivendicare la tutela del principio del giusto processo per un tale diritto «è, nella migliore delle ipotesi, risibile». Analogamente, il primo giudice Burger, in una dura opinione concorrente, suggeriva che «i divieti antisodomia hanno "radici molto antiche"», e conclude che «ritenere che l'atto della sodomia omosessuale sia in qualche modo protetto come un diritto fondamentale significherebbe mettere da parte millenni di insegnamenti morali» .

Questi giudizi esprimono alcuni gravi fraintendimenti dei fatti. Come abbiamo visto, il particolare zelo nel limitare l'attività omosessuale in base alle leggi antisodomia ha un'origine piuttosto recente. Né l'intera «storia della civiltà occidentale» mostra un senso di obbrobrio nei confronti di questi comportamenti. Gli atti omosessuali tra donne non sono quasi mai stati proibiti, e non lo furono neanche in Inghilterra. La «sodomia» eterosessuale era una pratica accettata in molte società antiche, compresa l'antica Grecia, presso le quali - come ho notato - il sesso anale aveva spesso una funzione contraccettiva. (In molte società, il sesso anale serviva anche a preservare la verginità femminile.) Le relazioni omosessuali tra uomini erano attentamente controllate in Grecia a causa di una diffusa disapprovazione verso il fatto che un cittadino vi esercitasse un ruolo passivo, ma alcuni atti proibiti da successive leggi antisodomia erano pubblicamente accettati e molti altri ampiamente tollerati. L'attrazione erotica tra uomini era

considerata normale e naturale, e si pensava che persino gli dèi avessero relazioni amorose di questo tipo. Spostandoci nei tempi moderni, tutte le sanzioni penali per pratiche sessuali consensuali furono abolite in Francia già all'inizio del XIX secolo. Queste circostanze storiche e geografiche possono essere rilevanti o meno per il giudizio di una corte statunitense, ma dal momento che sono state invocate è importante sottolineare che sono state richiamate in modo inesatto.

Ma non è la storia il problema principale. Queste due opinioni esprimono ottusità morale in un modo che suscita sconcerto. Persino a quel tempo, quando negli Stati Uniti esistevano una diffusa ostilità e un vasto pregiudizio contro gli omosessuali, si sarebbe dovuto comprendere facilmente che, lungi dal non avere «alcuna somiglianza», quello che essi chiedevano di poter fare legalmente aveva una profonda somiglianza con ciò che gli eterosessuali spesso facevano legalmente. Era già stato stabilito dal caso *Eisenstadt* che i diritti associati all'intimità sessuale sono diritti individuali propri delle persone coniugate e non, dunque la Corte non poteva difendere la propria ottusità affermando che il matrimonio fosse l'unica relazione protetta dal Quattordicesimo Emendamento. La capacità di prendere decisioni concernenti la propria sessualità era stata ritenuta un diritto individuale fondamentale, e non è necessario un impeto di creatività - ma solo un ordinario sforzo di immaginazione - per capire che era questo ciò che Michael Hardwick stava chiedendo. Ciò che egli stava facendo nella propria camera da letto era esattamente quello che milioni di eterosessuali, coniugati o meno, stavano facendo legalmente in tutta l'America.

Com'è possibile che qualcuno concluda in buona fede che non esisteva «alcuna somiglianza» tra i diritti invocati in questo caso e quelli riconosciuti in altri? Qui dobbiamo pensare nuovamente alla politica del disgusto: al modo in cui gli omosessuali erano regolarmente descritti come non pienamente umani, qualcosa di simile allo scarafaggio che avanza lentamente sul pavimento della vostra cucina. In qualche modo sapete che è lì, ma non volete ammetterlo, e quindi non lo guardate. Anni di stigmatizzazione dei gay e delle lesbiche hanno reso estremamente facile per i giudici, ignari del fatto che alcuni dei loro amici e conoscenti erano gay e lesbiche, riferirsi a loro come a

una classe di paria morali, diversi dagli altri esseri umani. L'argomentazione di Bowers offriva un forte sostegno a tale modo di pensare. La repulsione espressa dall'opinione di maggioranza e dall'opinione concorrente di Burger appartiene allo stesso universo della condanna del giudice Will nei confronti di Oscar Wilde, ed esprime la medesima indisponibilità a sforzarsi di comprendere, dal punto di vista dell'individuo gay, ciò che viene richiesto e quale sia la sua somiglianza con le azioni e i diritti degli eterosessuali .

A rafforzare la durezza di queste opinioni è il loro carattere devliniano: esse alludono a tradizioni di lunga data quasi che queste, in se stesse, risolvessero la questione di quali siano i diritti degli individui secondo la Costituzione. Come abbiamo visto, l'appello al disgusto e una concezione solidaristica della società sono strettamente connesse nel pensiero di Devlin: è il valore della solidarietà a rendere l'appello al disgusto giuridicamente rilevante. Queste due opinioni non argomentano in quel modo, ma razionalizzano il proprio effetto stigmatizzante facendo riferimento alla tradizione. Come evidenzia l'opinione dissenziente, tuttavia, i diritti riconosciuti nei casi precedenti non erano diritti (devliniani) di collettività socialmente coese; erano diritti decisionali individuali che riguardavano la ricerca intima e personale della felicità. Tali diritti non cessano di esistere semplicemente perché una maggioranza non li condivide. La Corte, tuttavia, non poteva vedere che Michael Hardwick stava cercando la felicità come tutti gli altri, in quanto i giudici si concentrarono sulla categoria impopolare e (ipoteticamente) contraria alla tradizione di «sodomia omosessuale». Le due parti in Bowers ripropongono così il dibattito Devlin-Mill, mostrandoci chiaramente cosa sia in gioco nella scelta tra quelle due concezioni della società .

L'opinione dissenziente del giudice Blackmun fa un uso interessante dell'analogia con la religione, argomentando che «un corollario necessario del fatto di attribuire agli individui la libertà di scegliere come condurre la propria vita è accettare il fatto che individui differenti faranno scelte differenti». Citando il caso *Wisconsin v. Yoder*, che riconobbe che la natura particolare della religione degli Amish richiedeva rispetto e adattamento, pur nella sua diversità, i dissenzienti scrivono: «Un modo di vivere che è strano o persino erratico, ma che non interferisce con i diritti o gli interessi di altri non

può essere condannato in quanto differente». Così anche in questo caso, sostengono i giudici, il «fondamentale interesse di tutti gli individui a controllare la natura delle loro relazioni intime con altri» non può essere limitato per una minoranza di persone solo perché queste non piacciono alla maggioranza .

Il caso Bowers fu deciso in base al principio del giusto processo, e si tratta in primo luogo di un caso sulla libertà. La libertà, tuttavia, nella nostra tradizione costituzionale è strettamente legata all'eguaglianza, in quanto le libertà fondamentali (di parola, religione ecc.) non sono garantite agli individui a meno che non siano assicurate su una base di eguaglianza. Nella disciplina sulla religione, per esempio, si è riconosciuto da lungo tempo che la difesa della libertà religiosa richiede più di un'astensione dal perseguire le persone: richiede anche la garanzia che le condizioni di tale libertà siano le stesse per tutti. Analogamente, la questione discussa in Bowers riguardava tanto la libertà quanto l'eguale libertà. Come il giudice Stevens evidenziò nella sua opinione dissenziente, la legge antisodomia può essere difesa solo in uno dei due modi seguenti: o gli omosessuali hanno un interesse diseguale alla libertà, oppure esiste un motivo per cui lo Stato è autorizzato ad applicare in modo diseguale una legge di applicazione generale. La prima difesa è inaccettabile perché viola il principio fondamentale di eguaglianza; la seconda, perché lo Stato non fornisce alcuna argomentazione «più sostanziale di un abituale disprezzo per (o ignoranza circa) il gruppo sfavorito». Allo stesso modo, il giudice Blackmun propose l'argomentazione milliana secondo la quale «la semplice consapevolezza che altri individui non aderiscono al sistema di valori di qualcuno non può rappresentare un interesse legalmente rilevante» in assenza di una «reale interferenza con i diritti altrui» .

Dal momento che i dissenzienti sollevarono la questione dell'eguaglianza, ci si potrebbe chiedere se il caso non andasse discusso in base al principio costituzionale di eguaglianza e non in base al principio del giusto processo. Il giudice Blackmun manifestò simpatia per questo approccio e citò come pertinente il caso che portò all'annullamento delle leggi contro le unioni interrazziali. Alcuni studiosi hanno ritenuto che un'argomentazione basata sull'eguaglianza sia intellettualmente più convincente, in parte perché il principio costituzionale di eguaglianza è progressista e non tradizionalista, e

rivolto al passato, in particolare se i diritti sono interpretati a un ragionevole livello di generalizzazione. L'eguaglianza, inoltre, non è l'unica questione pertinente qui: alla luce della storia della repressione, lo stesso interesse alla libertà deve essere fortemente rivendicato per tutti.³¹ Il caso Bowers segna un punto particolarmente basso nella recente giurisprudenza della Corte Suprema. Il suo esito e la durezza dell'opinione di maggioranza e concorrente non solo hanno lasciato irrisolti fondamentali interessi di libertà, ma hanno anche dato sostegno all'idea che i gay siano fuorilegge. Nella sua restrizione dei diritti individuali fondamentali in nome del pregiudizio della maggioranza, il caso ricorda odiosi precedenti del passato come Plessy v. Ferguson,³² che stabilì la costituzionalità della segregazione razziale, e Bradwell v. Illinois,³³ con il quale si affermò la costituzionalità di una legge dell'Illinois che vietava alle donne di praticare il diritto. Una famosa opinione concorrente in quest'ultimo caso citava diffusi giudizi morali a proposito del giusto ruolo delle donne nella società. Forse ancor più incredibilmente simile è il caso Minersville v. Gobitis,³⁴ che convalidò una legge che imponeva il saluto alla bandiera contro l'opposizione dei testimoni di Geova, i quali rifiutano quel saluto per motivi religiosi. L'idea che i testimoni di Geova fossero fuorilegge e sovversivi (se obbedivano alla propria coscienza) scatenò una terribile ondata di violenza nei loro confronti in tutta la nazione.³⁵ Quella violenza, assieme alla generale condanna contenuta nell'opinione dei giudici, portò a una riconsiderazione del caso solo tre anni più tardi.³⁶ Gay e lesbiche avrebbero dovuto attendere molto di più.

5. Lawrence v. Texas: verso un regime di eguale libertà

La battaglia politica si stava spostando al livello dei singoli stati. Più della metà degli stati che al tempo del caso Bowers prevedevano leggi antisodomia le abolirono entro il 1996. Il numero di stati con leggi di questo tipo si era ridotto a sedici nel 2003, quando esse furono definitivamente invalidate. Queste abrogazioni erano parte di un generale cambiamento nelle attitudini sociali. Gli americani stavano

diventando più consapevoli della piena umanità di gay e lesbiche ? all'interno delle famiglie, dei luoghi di lavoro, delle chiese, dei mass media, in ogni spazio del tessuto sociale americano. La segretezza aveva alimentato la politica del disgusto, rendendo possibile descrivere gay e lesbiche come diversi dagli ordinari cittadini. Il coming out, assieme alle dinamiche quotidiane dell'immaginazione, della sollecitudine e dell'amicizia ebbero un effetto significativo sulle percezioni della gente .

Il 17 settembre 1998, John Geddes Lawrence, un tecnico sanitario cinquantacinquenne, stava praticando sesso anale consensuale con Tyron Garner nel suo appartamento di Lawrence a Houston. A sua totale insaputa, un vicino di nome Robert Royce Eubanks - il quale era stato accusato in precedenza di molestie nei confronti di Lawrence e Garner e aveva avuto una relazione sentimentale con quest'ultimo - telefonò alla polizia denunciando un «litigio armato» nella casa di Garner, affermando che un uomo con una pistola stava «dando in escandescenze» (Eubanks ammise in seguito di aver mentito e scontò quindici giorni di detenzione per falsa denuncia). Quando i poliziotti arrivarono sul posto, fecero irruzione nell'appartamento con le armi spianate e arrestarono i due uomini, i quali furono tratti in stato di arresto per una notte e accusati di aver violato la legge del Texas sulla sodomia. Avendo rinunciato a contrastare l'accusa, furono condannati da un giudice di pace, ma poi esercitarono il diritto a un nuovo processo e chiesero alla Corte di archiviare le accuse nei loro confronti. Lawrence e Garner invocarono tanto il principio di eguaglianza (dal momento che la legge del Texas vietava la sodomia solo tra partner dello stesso sesso) quanto quello del giusto processo. Nel dicembre 2002 la Corte Suprema accettò di considerare il caso. Il 26 giugno 2003, con un voto di 6 a 3, la Corte si espresse a favore di Lawrence e Garner, capovolgendo la decisione di *Bowers v. Hardwick* e invalidando tutte le restanti leggi statali sulla sodomia .

Per il giudice O'Connor, autore di un'opinione concorrente, la questione saliente riguardava l'eguaglianza. Il giudice O'Connor, che aveva votato con la maggioranza in *Bowers*, non si esprimeva in merito alla questione della costituzionalità o meno - in base ai principi del giusto processo - di una legge neutrale sulla sodomia, argomentando che non era necessario dirimere tale questione, dal momento che la

legge del Texas era evidentemente incostituzionale in base ai principi dell'eguaglianza. Citando *Cleburne* come precedente, il giudice affermò che lo Stato non può selezionare una classe di cittadini e sottoporla a speciali svantaggi solo perché molte persone disapprovano o disprezzano quel gruppo: «La disapprovazione morale verso un gruppo non può costituire un interesse legittimo del governo ai sensi del principio costituzionale di eguaglianza» .

L'opinione del giudice O'Connor ci illustra le potenzialità e i limiti di un approccio basato sull'eguaglianza: tale approccio è sufficiente per invalidare la legge in questione, e forse sarebbe idoneo ad abolire anche leggi neutrali qualora si dimostrasse che sono applicate in modo diseguale. Ma esso non affronta la più fondamentale questione dell'ingerenza e della libertà decisionale .

La maggioranza, tuttavia, decise che era arrivato il momento di articolare nettamente la natura dell'interesse di libertà nell'ambito dell'associazione intima. *Bowers*, argomentarono i giudici, «non era corretto quando fu deciso, e non è corretto oggi». La maggioranza nel caso *Bowers* aveva formulato l'interesse di libertà in modo erroneo e ristretto. Analizzato correttamente, il caso *Lawrence*, come il caso *Bowers*, riguarda il ruolo del governo nelle relazioni intime personali. «La libertà protegge la persona dalle intrusioni ingiustificate del governo all'interno della sua dimora o di altri luoghi privati [...]. La libertà presuppone un'autonomia del sé che include la libertà di pensiero, di credenza, d'espressione e di una determinata condotta intima.» Secondo la Corte l'opinione del giudice Kennedy suggerisce che la condotta privata e consensuale rientra nella libertà di tutte le persone di scegliere senza essere marchiate come criminali .

Si tratta di un'interpretazione corretta ed efficace degli interessi di libertà tutelati dal principio del giusto processo. Il giudice Kennedy propone una solida argomentazione anche quando osserva che le libertà del giusto processo hanno un elemento di eguaglianza, e che l'interesse all'eguaglianza non può essere adeguatamente soddisfatto da un approccio ristretto fondato solo sull'idea dell'eguaglianza.⁵⁷ Soltanto una robusta protezione della libertà per tutti potrà eliminare lo stigma prodotto dalle leggi antisodomia .

L'eguaglianza in sé, senza un appello alle aree protette della libertà, è insufficiente perché il governo potrebbe ancora intaccare

libertà vitali purché in modo imparziale. Leggi che stabiliscano, per esempio, che nessuna coppia - sposata o meno - possa avere più di un figlio; leggi che proibiscano il matrimonio tra persone di diverse religioni; leggi che proibiscano la masturbazione: tali leggi probabilmente non violano il principio costituzionale di eguaglianza, ma sono comunque offensive. L'idea di fondo di una sfera di libertà protetta è indipendente dall'idea di eguale trattamento e non è interamente riconducibile a questa: abbiamo bisogno di determinare quali libertà siano protette, prima di poter dire se tali libertà sono tutelate egualmente per tutti .

Il caso Lawrence articola efficacemente le rilevanti nozioni di libertà ed eguale libertà. Ciò nonostante, questa vibrante opinione soffre degli stessi importanti difetti di alcune di quelle che l'hanno preceduta: essa poggia eccessivamente sulla confusa nozione di privacy. Se non altro il caso Lawrence riconosce che la privacy ha due versanti, uno decisionale e uno spaziale. Dopo alcuni riferimenti iniziali alla «dimora o altri luoghi privati» e alla «casa», il giudice Kennedy puntualizza immediatamente che il caso «riguarda la libertà della persona nelle sue dimensioni sia spaziali sia più trascendenti», e riconosce che «esistono altre sfere della nostra vita ed esistenza, al di fuori della casa, in cui lo Stato non dovrebbe costituire una presenza dominante». Pur avendo stabilito questa distinzione, tuttavia, l'opinione continua a far riferimento alla nozione spaziale di privacy nei passaggi chiave delle leggi, suggerendo così un approccio costituzionale che è al tempo stesso iperprotettivo e sottoprotettivo: lo Stato ha, naturalmente, un ruolo nello spazio domestico - laddove sussista un danno imminente. Né è chiaro come mai il fatto che l'atto sessuale praticato da Lawrence e Garner avesse avuto luogo all'interno della «casa» dovrebbe essere rilevante. Di sicuro la questione rilevante è quella che riguarda gli interessi di altre parti: non sussiste alcuna violazione dei diritti di parti non consenzienti e, dal momento che la condotta ha avuto luogo in una condizione di riservatezza, nessuna parte non consenziente è stata esposta a un'offesa diretta .

Questo è tutto quello che c'era da dire. La «casa» è una pista fuorviante. Bill Baird (parte in causa in *Eisenstadt v. Baird*) aveva distribuito contraccettivi a studenti universitari durante un'assemblea pubblica. La questione importante era che egli non aveva violato i

diritti di alcuno, né aveva recato danno a presenti non consenzienti. Più in generale, un'infinità di atti contraccettivi tutelati dal Quattordicesimo Emendamento ha luogo al di fuori della casa, in luoghi pubblici - ogni volta che, per esempio, una donna prende la pillola anticoncezionale durante il pranzo o la cena in un ristorante, o si reca in un bagno pubblico per inserire un diaframma. In tal senso, persino nel caso Griswold - dove la casa maritale è menzionata come importante - i ricorrenti erano professionisti che avevano prescritto contraccettivi e fornito consulenze in materia all'interno dei propri studi medici. Le questioni rilevanti sono il consenso e l'offesa, non il luogo .

Per quanto riguarda gli atti sessuali veri e propri, rispetto ai quali esiste sempre la possibilità di un tipo di danno, si supponga che Lawrence e Garner avessero avuto rapporti sessuali in una stanza d'albergo, invece che in casa di Lawrence. In questo caso, in virtù della somiglianza tra la stanza e la casa, molte persone concluderebbero immediatamente che anche la stanza dovrebbe godere di analoga protezione. Le questioni rilevanti, ancora una volta, riguardano il consenso e la riservatezza (cioè l'eliminazione della possibilità di un danno). Il sesso in un'affollata sala da ballo di un albergo non sarebbe protetto. Ma che dire qualora Lawrence e Garner avessero fatto sesso in un club privato, in una camera appartata di tale club o in una stanza dove non fosse presente alcuna persona non intenzionata ad assistere? E se avessero avuto rapporti sessuali in un'area appartata di un bosco? Torneremo su questi temi nel capitolo 6 .

Rispetto a queste importanti questioni, il caso Lawrence non offre alcuna guida. Non sappiamo neanche se la componente spaziale sia intesa come un elemento necessario dell'interesse di libertà protetto o solo come un'opzione, tanto è vaga l'opinione. I riferimenti alla libertà in generale lasciano supporre che la tutela si estenda al di là della «casa», ma rimane assolutamente poco chiaro fino a che punto, e sulla base di quale principio. E tuttavia c'era un altro principio a disposizione: l'idea di Mill della condotta rivolta al sé, che avrebbe potuto chiaramente demarcare la relazione intima protetta tanto dalla condotta dannosa quanto da quella offensiva .

La grande conquista del caso Lawrence, quindi, non fu la chiarezza concettuale o l'elaborazione di una raffinata guida pratica, ma una forma mentis, un approccio giurisdizionale agli interessi di libertà.

Tale conquista, in sostanza, consiste nel rifiuto della politica del disgusto così chiaramente visibile nel caso Bowers, e della concezione devliniana di una società dominata dalla tradizione e dalla solidarietà a favore di una politica dell'umanità che è erede di John Stuart Mill tanto nella sua zelante protezione della libertà individuale, quanto nel suo affidamento sulla capacità di immaginare una varietà di aspirazioni umane. Invece di essere trattati come una classe di fuorilegge condannati dalla saggezza dei tempi, gay e lesbiche hanno posto nella logica giuridica come cittadini eguali e «persone adulte», titolari di un interesse analogo a quello di tutti gli altri «a decidere come condurre le proprie vite private in merito a questioni riguardanti il sesso». Questa è una conquista dell'immaginazione morale; e poiché il diritto è inseparabilmente intrecciato all'immaginazione morale, si tratta anche di una conquista del diritto .

4.

Discriminazione e antidiscriminazione: il caso Romer e l'ostilità

I militanti gay vogliono che il governo riconosca il loro stile di vita come una classificazione speciale: ma noi riteniamo sia importante sapere esattamente quale stile di vita vogliono che sia sostenuto dalle vostre tasse. Probabilmente sapete già che le pratiche sessuali dei gay sono radicalmente diverse da quelle di gran parte della popolazione del Colorado. Ma sapere fino a che punto queste pratiche sono diverse - e quali pericolose perversioni implicano - potrebbe sconvolgervi! I gay sono stati indisponibili a (o incapaci di) porre un freno alle loro voraci pratiche sessuali insicure, nonostante l'Aids [...]. Nel complesso, i sondaggi dimostrano che il 90% degli uomini gay pratica rapporti anali: il comportamento sessuale oggi più a rischio nella società [...]. Circa l'80% dei gay interpellati ha praticato sesso orale con l'ano dei propri partner. Nel 1977, ben più di un terzo dei gay ammetteva di aver praticato il fisting [...]. È questo lo stile di vita che vogliamo ricompensare con una speciale protezione e uno status etnico protetto? Gli attivisti gay vogliono farvi credere di essere «proprio come voi», ma queste statistiche dimostrano quanto questo sia falso .

Pamphlet distribuito dal Colorado for Family Values durante la campagna per l'Emendamento 2 del Colorado

Non troviamo alcunché di speciale nelle tutele negate dall'Emendamento 2. Sono protezioni assunte come dato acquisito dalla maggior parte delle persone, perché già ne gode o perché non ne ha bisogno; si tratta di protezioni nei confronti dell'esclusione da un numero potenzialmente illimitato di transazioni e attività che costituiscono la normale vita civica in una società libera .

Opinione di maggioranza, Romer v. Evans, 1996

1. Valori della famiglia e leggi antidiscriminazione

Will Perkins è un rivenditore Chrysler di Colorado Springs, in Colorado. All'inizio degli anni novanta fu ammesso a far parte del direttivo di Colorado for Family Values (Cfv), un'organizzazione conservatrice finanziata da Tony Marco, un procacciatore di fondi per gruppi religiosi conservatori, e Kevin Tebedo, figlio di un lobbista impegnato in cause simili (Tebedo fu licenziato dal Cfv nel 1995, nel corso di uno scandalo relativo alla sua difesa di un pastore che affermava di curare l'omosessualità ma fu poi accusato di molestie su minori). L'attuale (2009) sito web di Cfv descrive l'organizzazione come «un gruppo di pressione non profit dedito alla conservazione, alla protezione e alla difesa dei valori familiari tradizionali».1 Il Cfv decise che la sua prima grande iniziativa sarebbe stata un referendum statale volto a bandire le leggi locali sui diritti dei gay. Perkins fu assunto per coordinare la campagna e finanziare gran parte dello sforzo iniziale. Successivamente egli reclutò l'ex senatore degli Stati Uniti Bill Armstrong e il popolare allenatore della squadra di football dell'Università del Colorado Bill McCartney, il gruppo assunse poi anche Paul Cameron come consulente strategico.

Come molti stati, il Colorado mostra una notevole varietà sociale e politica. Città più grandi come Denver e Boulder e ricchi centri come Aspen tendono ad avere un carattere liberale. Tutte e tre queste città (e la contea di Denver, con un'ordinanza a parte) avevano approvato ampie legislazioni antidiscriminazione che annoveravano l'orientamento sessuale (assieme a razza, sesso, età e molte altre categorie) tra i motivi inaccettabili di discriminazione «nell'accesso alla casa, all'impiego, all'istruzione, ai luoghi pubblici, ai servizi sanitari e di welfare, e ad altre transazioni e attività».2 Le zone rurali dello Stato sono più conservatrici, e Colorado Springs rappresenta il quartier generale di molti gruppi cristiani conservatori, che la località attrae grazie a politiche di favore.

All'inizio degli anni novanta, i cristiani conservatori avevano buoni motivi per preoccuparsi. Le tre ordinanze municipali erano problematiche, ma ancora più inquietanti erano gli sviluppi a livello statale. L'assemblea legislativa dello Stato aveva abolito le leggi antisodomia nel 1972, e le iniziative antidiscriminazione avevano da

poco cominciato a prendere piede. Nel 1990 il popolare governatore Roy Romer firmò un ordine esecutivo che tutelava gli impiegati del governo statale dalla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale,' nel 1991 fu poi proposta una legge statale contro i crimini d'odio nei confronti di gay e lesbiche, e persino Colorado Springs assistette all'introduzione di una normativa antidiscriminazione. Nonostante il fallimento di entrambe queste misure, esse suscitarono un'inquietante sensazione di cambiamento sociale.⁴ Per Perkins e Marco, bloccare l'avanzata di quella che definivano spesso un'«aggressione gay militante» era una questione della massima urgenza. Nelle parole di Perkins, gli omosessuali hanno «un'ossessione radicalmente deviante per il sesso» e sono responsabili di una schiacciante percentuale di molestie a danno dei bambini. Infatti in un pamphlet del Cfv denunciava che «le molestie sessuali ai bambini rappresentano una componente fondamentale dello stile di vita di molti omosessuali».⁵ Il 20 marzo 1992 Perkins si recò al Parlamento dello Stato a bordo di una macchina blindata, dalla quale esibì alcune petizioni contenenti 85mila firme e dichiarò: «Noi pensiamo che questi siano tra i più importanti pezzi di carta degli Stati Uniti».⁶ Le firme raccolte da Perkins erano più che sufficienti a sottoporre al voto l'Emendamento 2 .

È possibile sollevare legittimamente alcuni dubbi sulle leggi antidiscriminazione in generale, e su quelle relative all'orientamento sessuale in particolare. Persone con forti convincimenti religiosi sono ragionevolmente preoccupate che le norme in questione possano costringere le organizzazioni religiose ad assumere persone che alcune religioni disapprovano. Questo problema non si riferisce esclusivamente all'orientamento sessuale. Esso può emergere, per esempio, quando tali leggi sembrano costringere un'organizzazione religiosa ad assumere persone che non appartengono a quel credo. Nel 1987 la Corte Suprema ha stabilito che la Chiesa di Gesù Cristo dei santi dell'ultimo giorno aveva violato le leggi federali contro la discriminazione perché aveva licenziato un custode del tempio di Salt Lake City in quanto non mormone.⁷ Nonostante la posizione di custode non fosse un incarico religioso, la Corte argomentò che il tentativo di stabilire una distinzione tra funzioni religiose e non religiose avrebbe chiamato la Corte a un controllo invadente sulle istituzioni religiose. La

Corte chiarì che le istituzioni religiose godono di un'ampia discrezione nel favorire i correligionari, nonostante la legislazione federale antidiscriminazione .

Resta ancora da definire in che misura obiezioni di carattere religioso possano esentare le organizzazioni religiose dal rispetto delle leggi antidiscriminazione quando in discussione non è la religione ma la razza, il genere o l'orientamento sessuale. È anche controverso in quale misura singoli individui (anziché organizzazioni religiose) possano rivendicare esenzioni dalle leggi antidiscriminazione su base religiosa (casi riguardanti proprietari indisponibili per motivi religiosi ad affittare case a coppie eterosessuali non sposate hanno generato controversie in diversi stati). Tanto Denver quanto Aspen avevano dimostrato attenzione per questo problema, formulando le proprie ordinanze in modo da prevedere esenzioni per motivi religiosi. Se l'obiettivo dell'Emendamento 2 fosse stato garantire un adeguato rispetto delle opinioni religiose in materia di orientamento sessuale, il testo avrebbe potuto richiedere che tutte le leggi e ordinanze antidiscriminazione contenessero simili clausole di esclusione .

Analogamente, si potrebbero sollevare alcune obiezioni relative alla libertà di associazione. Si immagini che ai piccoli proprietari immobiliari fosse imposto di affittare a inquilini dei quali disapprovano lo stile di vita in base ai propri convincimenti religiosi o morali. Se qualcuno fosse preoccupato dalla questione, potrebbe proporre una legge che esenta piccoli edifici (o anche piccole attività commerciali a conduzione familiare) dall'applicazione delle norme antidiscriminazione .

Più in generale, un'organizzazione dedita alla promozione dei valori familiari potrebbe legittimamente preoccuparsi del futuro della famiglia, intesa in termini cristiano-conservatori, in un'epoca di rapido mutamento sociale. Una simile organizzazione potrebbe tentare di utilizzare la legge per promuovere gli interessi delle famiglie: verosimilmente si potrebbero richiedere fondi statali per la cura della dipendenza da droghe e alcol, poiché sappiamo che i matrimoni spesso si sfaldano a causa dell'abuso di sostanze o della mancanza di un adeguato sostegno; oppure proporre l'aggravamento delle sanzioni per gli ex coniugi che non versano gli alimenti (misura decisamente necessaria per tutelare i bambini vulnerabili); si potrebbe considerare

un prolungamento del periodo di congedo dal lavoro per motivi familiari o medici, alleggerendo così il peso della cura di bambini e anziani. Ma, come affermò in modo memorabile il giudice distrettuale Jeffrey Bayless, «probabilmente, se si volessero promuovere i valori della famiglia si agirebbe a favore della famiglia anziché contro qualche altro gruppo» .

L'Emendamento 2, la misura di iniziativa popolare proposta dal Cfv, non seguiva nessuna di queste direzioni. Al contrario, essa proponeva un'esclusione alquanto generica di gay e lesbiche dai benefici delle misure antidiscriminazione: Nessuno Status Protetto fondato sull'Orientamento Omosessuale, Lesbico, o Bisessuale. Né lo Stato del Colorado attraverso una sua branca o dipartimento, né alcuna agenzia, suddivisione politica, municipalità o distretto scolastico potranno approvare, adottare o applicare alcuna legge, regolamento, ordinanza o provvedimento in forza del quale l'orientamento, la condotta, le pratiche o le relazioni di tipo omosessuale, lesbico o bisessuale costituiscano in qualsiasi modo base o titolo affinché qualsiasi individuo o classe di individui possieda o possa rivendicare qualunque status di minoranza, preferenza in base a quote, status protetto, o condizione di discriminazione. La presente sezione della Costituzione ha, a ogni effetto, efficacia immediatamente esecutiva .

Che cosa avrebbe ottenuto l'Emendamento 2 se portato a compimento? Secondo l'analisi del referendum formulata dalla Corte Suprema del Colorado: L'obiettivo immediato dell'Emendamento 2 è, come minimo, abrogare leggi, regolamenti, ordinanze e provvedimenti di agenzie statali e locali che hanno bandito la discriminazione basata sull'orientamento sessuale [segue qui una lista di tali provvedimenti, comprese le ordinanze di Denver, Boulder e Aspen, l'ordine esecutivo di Romer e una disposizione simile contenuta nel codice assicurativo del Colorado]; e di abrogare vari provvedimenti che vietano la discriminazione basata sull'orientamento sessuale all'interno dei college statali, [seguono ulteriori esempi] L'«effetto ultimo» dell'Emendamento 2 è di proibire a qualsiasi entità governativa di adottare in futuro leggi, regolamenti, ordinanze o provvedimenti analogamente o ulteriormente protettivi, a meno che la Costituzione dello Stato non sia prima emendata in modo da consentire l'adozione di tali misure .

Queste modifiche non si limitano esclusivamente a quella che tradizionalmente si definisce «sfera pubblica»: le leggi antidiscriminazione sono vincolanti per le attività di carattere privato e pubblico, e si applicano in luoghi che hanno la qualifica di «esercizio pubblico» (l'ordinanza di Boulder, per esempio, definiva come tale «qualunque luogo adibito a uso commerciale destinato alla vendita al pubblico e qualsiasi sede che offra servizi, spazi, privilegi o benefici al pubblico o che riceva sostegno finanziario attraverso richieste al pubblico o mediante contributi governativi di qualsiasi tipo»). Anche i proprietari di immobili sono interessati, se offrono un numero di unità abitative sufficiente a qualificare lo stabile come un esercizio pubblico, una definizione che varia da luogo a luogo. Inoltre, risulterebbero abolite le tutele legali specifiche per gay e lesbiche nelle transazioni relative alle compravendite immobiliari, ai contratti di locazione, ai servizi sanitari e assistenziali, e all'impiego nel settore privato .

L'Emendamento dunque avrebbe una vasta portata, negando a gay e lesbiche molti privilegi ordinari in una società democratica e impedendo loro di avviare azioni legali contro qualsiasi forma di discriminazione, per quanto odiosa. È proprio questo il punto. I cambiamenti delineati dall'Emendamento 2 sono radicali. Gay e lesbiche sono distinti da tutti gli altri e collocati in una categoria a parte: solo a loro è vietato chiedere o godere di una specifica protezione legale contro la discriminazione .

Ma naturalmente l'Emendamento 2 nega loro «diritti speciali», non diritti eguali. È stata sempre questa la retorica dei suoi proponenti. Ma fermiamoci un attimo a riflettere. Perché una comunità introduce leggi che tutelano un gruppo dalla discriminazione? Non lo fa per gentilezza, ma perché esiste la percezione di un problema: una parte consistente delle persone sente che la discriminazione contro alcuni membri del gruppo richiede un cambiamento della legge .

Immaginiamo, adesso, una versione dell'Emendamento 2 ambientata nel Mississippi del 1960 - chiamiamolo Emendamento M, un referendum che privi gli afroamericani (e solo loro) dello status protetto in base alle leggi antidiscriminazione statali e locali. Supponiamo che i suoi proponenti continuino a dire «eguali diritti, non speciali diritti»: non odiamo gli afroamericani, vogliamo solo negare loro speciali diritti .

Vediamo chiaramente che questo non sarebbe un neutrale referendum , progettato per riportare tutti i cittadini su un piano di eguaglianza. Al contrario, sarebbe una misura razzista, finalizzata a impedire agli afroamericani di avvalersi delle tutele legali che avevano ottenuto perché i cittadini avevano avvertito un problema di discriminazione e avevano deciso di porvi rimedio. Identificando gli afroamericani come un gruppo privo del diritto di rivendicare una tutela contro la discriminazione, la legge li differenzerebbe da tutti gli altri. Essa non avrebbe semplicemente un impatto che riguarda loro più di altri (come avverrebbe con un emendamento che proibisse le leggi contro la discriminazione su base razziale), li nominerebbe come unico gruppo che non potrebbe rivolgersi alla legge per ottenere tutela dalla discriminazione. Ogni altro gruppo - italoamericani, cattolici romani, ciclisti, amanti degli animali, fumatori, persone oltre i sessanta e qualsiasi altro gruppo si possa immaginare - potrebbe attivarsi per chiedere tutela contro la discriminazione, solo gli afroamericani no. Non penseremmo allora che, in base a una tale legge, gli afroamericani sarebbero stigmatizzati e privati dello status di cui gli altri cittadini godono? L'Emendamento 2 è, nella realtà, l'equivalente dell'Emendamento M. Il Cfv non stava proponendo un provvedimento specifico volto a proteggere i cittadini religiosi o le famiglie tradizionali, stava proponendo una serie ampia e illimitata di handicap per gay e lesbiche, individuati come gruppo da colpire (anche coloro che non fanno mai sesso, poiché l'Emendamento era attento a includere tanto lo status quanto la condotta) .

L'Emendamento 2 esprime una concezione devliniana della società: l'individuo medio è autorizzato a disincentivare per vie legali ciò che vede con forte disapprovazione. Chiede agli elettori di esprimere le proprie emozioni rispetto all'orientamento sessuale e poi fa di quell'indignazione la base di ampi svantaggi legali. E per quanto riguarda l'idea milliana che la piena eguaglianza di diritti degli individui non dovrebbe essere menomata solo perché molti disapprovano ciò che immaginano queste persone stiano facendo, quell'idea è lasciata a fare da semplice spettatrice. Riaffermarla sarà compito della causa *Romer v. Evans* .

La contesa ebbe inizio. Perkins, Marco e i loro alleati avevano raccolto una quantità di denaro considerevole (con Perkins nel ruolo di

principale finanziatore) e il volantinaggio invase tutto lo Stato. La campagna era astuta: nel suo insieme, non poneva in primo piano un appello esplicito al disgusto o alla disapprovazione, il tema dominante era quello degli «eguali diritti, non speciali diritti», in questo modo i cittadini appoggiavano il referendum senza avere la consapevolezza di esprimere avversione nei confronti di gay e lesbiche. Indubbiamente, molti cittadini erano a favore del referendum proprio per la loro avversione agli omosessuali - e tra questi, soprattutto, alcuni membri di altre minoranze protette, i quali temevano che norme antidiscriminazione rivolte specificamente all'orientamento sessuale avrebbero indebolito le tutele di cui già godevano i loro gruppi (per esempio, investimenti pubblici su altre campagne antidiscriminazione che potevano sottrarre fondi e sostegno alle proprie) .

Molti cittadini in buona fede votarono a favore del referendum semplicemente perché erano confusi dalla lunghezza e dalla complessità della proposta: gli exit poll evidenziarono che un significativo numero di elettori non comprendeva in che direzione stesse votando .

Non si può dubitare, tuttavia, del fatto che l'appello al disgusto abbia costituito un elemento significativo della vittoria della campagna. I materiali del Cfv ponevano in primo piano il tema degli «eguali diritti, non speciali diritti», e ripetevano persino slogan come «l'odio non è un valore delle famiglie».8 Ma il riferimento alle vite degenerate e alle orribili pratiche sessuali di gay e lesbiche era sempre presente, come nel passaggio che ho citato da un volantino tipico, dove tale riferimento era strategicamente situato proprio accanto alla colonna intitolata «l'odio non è un valore delle famiglie». Ho potuto assistere personalmente alla testimonianza di Will Perkins nel corso del giudizio relativo all'Emendamento 2, il 15 ottobre 1993. In quella sede l'ho sentito ammettere (con qualche esitazione) di aver fatto circolare altri pamphlet che citavano la classica affermazione di Cameron secondo la quale i gay mangerebbero feci e berrebbero sangue. I proponenti dell'Emendamento reclutarono Cameron per contribuire alla loro strategia, ben consapevoli della sua visione .

L'appello al disgusto era solo un corollario o costituiva piuttosto la componente essenziale di quella strategia? Perkins e Marco si servivano spesso del linguaggio del disgusto, utilizzando termini come

«depravato» e «deviante». Assegnarono a Cameron un ruolo centrale nella campagna, così come il procuratore generale dello Stato gli attribuì in seguito una posizione importante nella propria difesa dell'Emendamento. I loro discorsi parlavano di malattia, molestie e «aggressione gay militante». Soprattutto, essi cercarono di erodere qualsiasi senso di empatia o comunanza con gay e lesbiche insistendo continuamente sul fatto che le loro pratiche fossero «radicalmente diverse» da quelle del cittadino medio del Colorado. La promozione del disgusto e la distruzione di una «politica dell'umanità» andavano di pari passo. Così, anche se il materiale relativo alle pratiche sessuali non era sempre in primo piano, era comunque importante. La strategia consisteva nel fornire agli elettori molti motivi per provare disgusto - per poi fornire loro anche delle ragioni più socialmente accettabili per votare «sì», che potevano essere utilizzate per giustificare il voto a se stessi e agli altri .

Il 3 novembre 1992 l'Emendamento 2 fu approvato con 813 966 voti a favore e 710151 contrari (53,4% contro 46,6%). Immediatamente, un gruppo che includeva singoli individui (tra cui Martina Navratilova) e numerosi enti amministrativi - il distretto scolastico della Boulder Valley, la città e la contea di Denver, la città di Boulder, la città e il consiglio municipale di Aspen - iniziò a contestare la legge, nella speranza di impedirne l'applicazione .

2. Atto I: Colorado - Diritti fondamentali e processo politico

La controversia legale relativa all'Emendamento 2 era complessa e coinvolgeva tre diverse teorie giuridiche. Un'analisi di tali teorie ci aiuterà a svelare quale fosse il vero fondamento del sostegno all'Emendamento e a comprendere perché la sua bocciatura da parte della Corte Suprema sia stata giusta .

Il primo atto del dramma fu la mozione presentata dai ricorrenti al giudice distrettuale H. Jeffrey Bayless per ottenere un'ingiunzione preliminare contro l'applicazione della legge. Nel corso delle fasi iniziali del procedimento, i ricorrenti stavano cercando di trovare un modo per far sì che lo Stato dovesse dimostrare l'esistenza non solo di una giustificazione razionale per la legge, ma anche di un prevalente

interesse di Stato alla sua applicazione. Molte leggi passavano l'esame della giustificazione razionale, e dunque sebbene i ricorrenti affermassero che la legge mancava persino di una tale giustificazione, un elemento chiave della loro strategia consisteva nell'elaborare una teoria capace di situare l'Emendamento 2 nella categoria dei provvedimenti legislativi per i quali si richiedeva uno standard intermedio .

Esistono due modi in cui tale argomento può essere formulato alla luce del principio di eguaglianza previsto dal Quattordicesimo Emendamento. In primo luogo era possibile argomentare che la classificazione delle persone in base al loro orientamento sessuale era una classificazione sospetta, un'idea esplorata nel secondo capitolo. Ma il successo di tale strategia sembrava improbabile poiché non aveva ottenuto risultati in altri casi. In secondo luogo si poteva argomentare, come abbiamo visto nel terzo capitolo, che la legge appellata violava uno dei «diritti fondamentali» non specificamente individuati ma riconosciuti come impliciti nel principio di eguaglianza, come il diritto di voto e il diritto a viaggiare .

Durante la prima fase, i ricorrenti elaborarono una versione persuasiva della seconda strategia, che fu appoggiata dalla Corte Suprema del Colorado.⁹ Essi argomentarono che l'Emendamento 2 avrebbe privato gay e lesbiche del diritto di «partecipare in modo eguale al processo politico», «escludendoli» dalla possibilità, di cui godono tutti gli altri cittadini, di far approvare leggi statali e locali che tutelino i loro interessi. I ricorrenti poggiavano questo argomento su un gruppo di casi relativi alla ridefinizione delle circoscrizioni elettorali, ai diritti dei partiti di minoranza e a vari altri tentativi di «limitare la capacità di alcuni gruppi di vedere approvate le misure legislative desiderate attraverso l'ordinario processo politico». La Corte Suprema del Colorado affermò che, sebbene tutti i precedenti si riferissero a questioni razziali, il nucleo dell'argomentazione non si basava sulla nozione di una classificazione sospetta dal punto di vista razziale, ma piuttosto sul presupposto secondo il quale il principio di eguaglianza «garantisce il diritto fondamentale a partecipare su basi di parità alla vita politica, e ogni tentativo di limitare la facoltà di un gruppo identificabile in modo indipendente di esercitare tale diritto è soggetto a rigoroso controllo giurisdizionale di qualità» .

Si trattava di un'interessante teoria legale, ma non priva di problemi. Anzitutto, i casi relativi all'accesso al voto e al diritto di voto erano interpretati in maniera estensiva, in modo da individuare un generale diritto a partecipare in condizioni di eguaglianza al processo politico.¹⁰ Ancora più controverso era il ricorso della teoria alla nozione di «gruppo identificabile in modo indipendente». Ovviamente questo non poteva riferirsi solo a quei gruppi che già godessero dello status di classificazione sospetta, altrimenti gay e lesbiche ne sarebbero rimasti esclusi. D'altra parte, era necessario individuare un criterio per demarcare la nozione di «identificabile in modo indipendente», altrimenti la teoria avrebbe avuto un raggio troppo ampio (molte leggi discriminano coloro che sono sottoposti a condanna penale, per esempio, e la Corte Suprema del Colorado non intendeva certamente mettere in discussione tali norme). La Corte tentò di circoscrivere la nozione, affermando che essa includeva solo gruppi che sono stati tradizionalmente tutelati dalle leggi antidiscriminazione o che avrebbero beneficio da tali protezioni. Ma non è chiaro se questo renda meglio utilizzabile il concetto di «gruppo identificabile in modo indipendente» .

Più problematico era il rapporto di questa teoria legale con il caso *Bowers v. Hardwick*. In base a questo caso, gay e lesbiche possono essere legittimamente stigmatizzati come criminali, ma naturalmente molte misure legislative ritenute costituzionalmente legittime penalizzano i criminali nella vita politica: si considerino per esempio le leggi, previste da molti stati, che privano del diritto di voto chi abbia riportato una condanna penale. Se i gay sono o possono essere definiti come criminali, non ne consegue che possono essere trattati in modo diseguale nella vita politica? Potremmo provare a distinguere tra atto e orientamento, affermando che è sbagliato trattare in modo diseguale persone di orientamento omosessuale, sebbene esista una forte probabilità che commettano sistematicamente atti criminali (o atti che possono essere criminalizzati). Ma questa distinzione è sempre stata poco chiara .

L'ingiunzione preliminare del caso *Evans* fu una vittoria sonante per i ricorrenti, ma le sue credenziali legali sembravano inconsistenti .

3. Atto II: Il processo - La parata dell'ostilità

Nel confermare l'ingiunzione preliminare contro la legge, la Corte Suprema del Colorado aveva semplicemente demandato alla corte distrettuale una decisione in merito. Il secondo atto del dramma ci riporta dunque a Denver, nell'aula del giudice distrettuale H. Jeffrey Bayless. Era chiaro a questo punto (secondo i canoni tradizionali dello standard intermedio) che lo Stato avrebbe dovuto dimostrare che l'Emendamento 2 soddisfaceva un «prevalente interesse di Stato», e che esso costituiva il modo più circoscritto e meno oneroso di tutelare tale interesse .

I ricorrenti, tuttavia, volevano anche che il giudice Bayless stabilisse che l'orientamento sessuale è una classificazione sospetta; su questo punto, fallirono. Chiamarono una serie di esperti a testimoniare che gay e lesbiche, intesi come classe, possiedono i requisiti che hanno tradizionalmente costituito i criteri per individuare una classificazione sospetta: storia di discriminazione, marginalità politica e immutabilità delle caratteristiche che definiscono la classe. Il giudice Bayless trovò l'argomento dei ricorrenti convincente in merito al primo punto e forte e interessante rispetto al terzo, anche se non giunse ad alcuna decisione finale. L'argomento secondo il quale gay e lesbiche sarebbero politicamente deboli però non lo convinse: le stesse leggi che l'Emendamento 2 annullava erano prova, egli affermò, del sostanziale potere politico di gay e lesbiche. In definitiva, il giudice Bayless rifiutò la conclusione che l'orientamento sessuale costituisse una classificazione sospetta .

Gran parte della vicenda processuale si concentrò quindi sul tentativo dello Stato di dimostrare che l'Emendamento 2 soddisfaceva un interesse prevalente dello Stato. La strategia del procuratore generale del Colorado Gale Norton fu categorica e aggressiva: mettere insieme quanti più interessi prevalenti possibile e poi convocare esperti accademici a testimoniare a sostegno di ciascuno di essi .

Furono sei gli interessi individuati inizialmente: 1) prevenire la formazione di fazioni (intendendo che il dibattito politico su questo tema «profondamente controverso» sarebbe stato sottratto al governo locale); 2) preservare l'integrità delle funzioni politiche dello Stato, ipoteticamente messa a rischio dall'«aggressione gay militante»; 3)

preservare la capacità dello Stato di porre rimedio alla discriminazione nei confronti delle tradizionali classi sospette; 4) evitare che il governo interferisse con la privacy personale, familiare e religiosa; 5) evitare che il governo favorisse gli obiettivi politici di un particolare gruppo di interesse; 6) promuovere il benessere fisico e psicologico dei bambini. Lo Stato argomentò che ciascuno di questi interessi - preso singolarmente - era prevalente, e che anche qualora nessuno fosse di per sé prevalente, nel loro insieme potevano diventarlo. Inoltre, in una fase relativamente avanzata del processo fu aggiunto un settimo presunto interesse prevalente, quello alla «moralità pubblica». Lo Stato dichiarò che esso informava tutti gli altri sei .

Il giudice Bayless giunse alla conclusione che il primo interesse non era prevalente: infatti, egli scrisse che «Vopposto del primo interesse dichiarato prevalente dal convenuto è con ogni probabilità prevalente», nel senso che fosse un acceso dibattito politico a livello locale, e non la rimozione di tale dibattito, a costituire un interesse prevalente." Il giudice ritenne che anche il secondo interesse non fosse prevalente: «Le prove presentate non convincono questa Corte che sia in atto in questo Stato un'aggressione gay militante che ne pregiudichi le funzioni politiche». Il terzo interesse equivaleva ad affermare che lo Stato non possiede risorse sufficienti per tutelare un ulteriore gruppo dalla discriminazione senza che questo comporti la sottrazione di fondi a sostegno di gruppi già protetti. Il giudice Bayless concluse che la testimonianza del sindaco di Denver e dell'ufficiale incaricato di applicare l'ordinanza antidiscriminazione di quella città avevano stabilito che «l'inclusione dell'orientamento sessuale nell'ordinanza di Denver non ha determinato un incremento dello staff preposto alla sua applicazione, né ha comportato un aumento di spesa» .

Il quarto interesse prevalente era una storia diversa. Chiaramente la tutela della libertà religiosa costituisce un interesse di Stato prevalente. Ma l'Emendamento 2, sostenne il giudice Bayless, non era formulato in modo tale da conseguire questo interesse nel «modo meno restrittivo possibile»: ciò che lo Stato poteva fare era richiedere che le misure antidiscriminazione contenessero un'esenzione per motivi religiosi, come già avevano fatto Denver e Aspen .

Il quinto interesse presunto riguardava la circostanza per la quale, secondo lo Stato, le persone sarebbero state costrette ad accettare

l'«ideologia gay» nel rispettare le leggi antidiscriminazione. «Per esempio» scriveva lo Stato nella sua istanza «se un proprietario è costretto a dare in locazione un appartamento a una coppia omosessuale, tale proprietario è costretto ad accettare, almeno implicitamente, una particolare ideologia.» Bayless giunse alla conclusione che questo presunto interesse prevalente «non era supportato da alcuna prova credibile o argomentazione cogente» .

Il sesto interesse era la tutela del benessere fisico e psicologico dei bambini. Consulenti tecnici avevano testimoniato a favore dello Stato sostenendo che gli omosessuali sono spesso molestatori di bambini. A questo Bayless replicò che l'ampia testimonianza offerta da uno stimato psicologo a favore dei ricorrenti dimostrava in modo convincente che i pedofili sono prevalentemente eterosessuali; dunque lo Stato non era riuscito a dimostrare questo presunto interesse prevalente. Infine, Bayless non affrontò direttamente la questione della moralità pubblica; si limitò ad affermare in proposito che lo Stato non aveva soddisfatto i requisiti imposti dallo standard intermedio .

Questi furono gli interessi chiamati in causa e l'esito della loro valutazione. Nel mezzo stava la consulenza tecnica chiamata a supportare la rivendicazione di un interesse prevalente dello Stato. Fu qui che il processo sull'Emendamento assunse caratteri farseschi. Lo Stato, dietro consulenza di Cameron (al quale, come sarebbe emerso in seguito, Norton aveva elargito più di diecimila dollari di denaro pubblico per il suo aiuto nel caso), mise insieme un notevole gruppo di testimoni a sostegno delle proprie rivendicazioni.¹² Sulle questioni relative alle molestie nei confronti dei bambini e ai valori familiari, le posizioni estreme di Cameron permeavano la lista dei testimoni, e molti consulenti di parte dello Stato condividevano con Cameron la peculiarità di essere stati espulsi o denunciati da una rispettata organizzazione professionale per il loro sostegno a punti di vista contrari a ogni prova o (come nel caso di Cameron) per aver manipolato le prove.¹³ Lo stesso Cameron era nella lista dei testimoni (anche se egli non fu mai chiamato al banco dei testimoni, il suo parere in quanto esperto fu acquisito agli atti del processo). Lo Stato sembrava impaziente di chiamare come testimone qualsiasi studioso ragionevolmente noto che potesse dire qualcosa di negativo su gay e lesbiche .

La testimonianza degli esperti non è finalizzata alla ricerca della verità. Ciascuna parte convoca giustamente esperti che sostengono il proprio punto di vista. E tuttavia c'era qualcosa di sgradevole nell'elenco dei testimoni chiamati dallo Stato, molti di essi erano notoriamente screditati. Lo stesso sentimento antigay che aveva guadagnato l'approvazione dell'Emendamento 2 diede forma alla difesa della legge da parte dello Stato .

Più singolare, e forse rivelatrice, in assoluto fu la deposizione sulla «moralità pubblica», che in gran parte non ebbe rilevanza per il caso. Lo Stato, forse consapevole del fatto che i suoi esperti nel campo delle scienze non erano particolarmente illustri, riuscì a trovare alcuni intellettuali genuinamente eminenti che erano disposti a testimoniare sulla filosofia morale e la sua storia, nella speranza di stabilire che gay e lesbiche erano stati ritenuti depravati e inaccettabili da tutti i grandi pensatori del mondo .

I principali esperti che testimoniarono in questa parte del processo furono: il filosofo John Finnis dell'Università di Oxford (ora anche dell'Università di Notre Dame); il politologo Robert George di Princeton; il filosofo David Novak dell'Università di Toronto (allora dell'Università della Virginia); e il politologo Harvey Mansfield di Harvard. Novak offrì una ricostruzione colta e attentamente ragionata della tradizione ebraica che, sebbene controversa, rientrava nei canoni della ricerca accademica convenzionale;¹⁴ inoltre, non si spinse mai ad affermare che il materiale storico da lui presentato avesse alcuna implicazione rispetto a ciò che le democrazie moderne dovrebbero fare. Gli altri tre testimoni, tuttavia, furono zelanti nel difendere l'Emendamento 2 e nell'affermare che la storia del pensiero supportava la legge. Essi proposero uno strano miscuglio di posizioni. Robert George, sostenitore dell'insegnamento di una variante conservatrice del diritto naturale cattolico, rivelò nella sua testimonianza di ritenere che gli atti omosessuali fossero sbagliati esattamente per gli stessi motivi e nello stesso modo in cui lo sono la contraccezione e la masturbazione; egli suggerì che ai proprietari fosse consentito rifiutare una locazione a inquilini che avessero praticato una qualsiasi delle due - una posizione talmente estrema da non avere senz'altro alcun rilievo nello stabilire il significato della «moralità pubblica» in Colorado. Mansfield affermò che l'omosessualità è uno stile di vita patologico e miserabile che

conduce sempre a una profonda infelicità (non è del tutto chiaro in che modo questo giocasse a favore di un emendamento che con ogni probabilità avrebbe reso i gay del Colorado più infelici di quanto non lo fossero prima).¹⁵ Egli sostenne ogni genere di affermazione comparativa sull'infelicità di gay e lesbiche (rispetto ad afroamericani e donne) citando le grandi opere della tradizione filosofico-politica occidentale: nominò Rousseau, Tocqueville, Platone e Aristotele - nonostante essi non avessero mai affrontato tali paragoni .

4. Atto III: Corte Suprema - Ostilità e fondamento razionale

Lo Stato si appellò alla Corte Suprema del Colorado, la quale ritenne l'Emendamento 2 incostituzionale in base agli stessi principi indicati nella sua prima decisione.¹⁶ Il Colorado si rivolse quindi alla Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale accettò di considerare il caso .

A questo punto, la questione della strategia divenne di fondamentale importanza per gli oppositori dell'Emendamento. La strategia dei diritti fondamentali era rischiosa a causa del caso Bowers. Per evitare una sfida aperta al caso Bowers, i ricorrenti argomentarono che l'Emendamento 2 non aveva un fondamento razionale, invocando i casi *Cleburne* e *Department of Agriculture v. Moreno*¹⁷ nei quali la Corte aveva stabilito l'assenza di un fondamento razionale nelle leggi motivate dall'avversione o dalla paura verso un gruppo sociale impopolare. Nel caso *Moreno*, che riguardava una regola del programma federale di distribuzione di buoni alimentari in base alla quale l'aiuto poteva andare solo a nuclei familiari che non contenessero alcun membro «non imparentato» ad altri, la Corte stabilì: «Se la nozione costituzionale di "eguaglianza della legge" significa qualcosa, essa significa quanto meno che il puro [...] desiderio di danneggiare un gruppo politicamente impopolare non può costituire un legittimo interesse di governo».¹⁸ Il 20 maggio 1996 la Corte Suprema giudicò incostituzionale l'Emendamento 2 con un voto di 6 a 3. Il giudice Kennedy, estensore della pronuncia resa dalla maggioranza della Corte, riteneva che il caso andasse direttamente al cuore del principio costituzionale di eguaglianza e del principio di legalità: la nostra Costituzione «non conosce e non tollera classi diverse di cittadini». Il

giudice apriva il parere con questa citazione dall'opinione dissenziente di Plessy v. Ferguson (1896), il famoso caso nel quale la Corte Suprema confermò la costituzionalità della segregazione nell'accesso ai servizi pubblici, situando così il caso Romer all'interno della lunga lotta della nazione contro forme di gerarchia che subordinano sistematicamente determinati gruppi .

La parte restante di questo parere insolitamente breve era dedicata a un'analisi delle esclusioni imposte dall'Emendamento 2, orientata a dimostrare che esse istituivano una tale situazione di gerarchia. Kennedy rifiutò poiché inverosimile l'argomentazione dello Stato secondo la quale l'Emendamento si sarebbe limitato a negare agli omosessuali «speciali diritti» (un'interpretazione accettata invece dal giudice Scalia nella sua opinione dissenziente). «Il mutamento di status giuridico prodotto da questa legge è ampio e di vasta portata [...]. Gli omosessuali, per decreto di Stato, sono collocati in una classe isolata in riferimento a transazioni e relazioni riguardanti tanto la sfera privata quanto quella di governo.» Kennedy illustrò quindi in dettaglio le aree nelle quali l'Emendamento 2 avrebbe prodotto una disegualianza sistematica .

Il giudice Kennedy riconobbe poi che molte leggi operavano (e ancora operano) classificazioni, con il risultato di svantaggiare alcuni individui. Per questo motivo, tranne nel caso in cui una legge riguardi un diritto fondamentale o una classe sospetta, la classificazione è tipicamente ritenuta legittima «nella misura in cui ha un rapporto razionale con un obiettivo legittimo». L'Emendamento 2, tuttavia, non superava questo test: esso imponeva a un gruppo esclusioni ampie e di vasta portata in ogni sfera dell'esistenza, esclusioni del tutto avulse dalle motivazioni addotte a sostegno della legge. Perciò «l'emendamento appare non spiegabile da null'altro che un'ostilità nei confronti della classe cui si riferisce; esso manca di un legame razionale con un interesse legittimo dello Stato». L'Emendamento era al contempo troppo ristretto e troppo ampio: «Esso identifica gli individui sulla base di uno specifico aspetto e poi nega loro protezione in ogni ambito. La conseguente esclusione di una classe di persone dal diritto di rivolgersi alla legge per una protezione specifica è priva di precedenti nella nostra giurisprudenza [...]. Non è coerente con la nostra tradizione costituzionale approvare leggi di questo tipo» .

L'opinione dissenziente di Scalia, nel notare che le leggi antisodomia erano state ritenute legittime nel caso Bowers, invocò un celebre caso chiamato Davis v. Beason (1890) per sostenere che fosse legittimo imporre a un gruppo delle esclusioni di portata generale qualora le pratiche caratteristiche di tale gruppo potessero essere criminalizzate. In Davis, la Corte confermò la legittimità costituzionale di una legge dell'Idaho che negava ai poligami, ai sostenitori della poligamia, ai membri di qualsiasi organizzazione che insegnasse o predicasse la poligamia (e dunque a tutti i mormoni) il diritto al voto e a ricoprire cariche pubbliche. Il giudice Scalia ragionò che se era possibile negare ai mormoni il diritto di voto in ragione delle loro pratiche tipiche o caratteristiche, allora anche le esclusioni imposte a gay e lesbiche dall'Emendamento 2 non potevano che essere costituzionalmente legittime .

È piuttosto scioccante vedere il giudice Scalia affidarsi al caso Davis, senza dubbio una delle decisioni più criticate, anzi aborrite, nella storia della Corte Suprema. Come evidenziato dal giudice Kennedy, quella esaminata nel caso Davis è una legge non più accettabile, nella misura in cui nega il diritto di voto in base a convinzioni personali. Tutto quel che rimane di quel caso è l'idea che un criminale condannato possa essere escluso dal diritto di voto: ma non era questo a essere in gioco nell'analisi dell'Emendamento 2 (e comunque, come abbiamo già notato, la sodomia non era più illegale in Colorado) .

Rispetto alla possibilità che preoccupazioni di natura religiosa potessero giustificare l'Emendamento 2, il giudice Kennedy concluse che un rimedio molto più circoscritto (esenzioni religiose) avrebbe potuto affrontare tale questione. Nella sua vasta portata, l'Emendamento 2 non era certamente orientato ad alcuno scopo legittimo: l'unica deduzione che si poteva trarre era che il reale proposito dell'Emendamento 2 fosse quello di rendere gli omosessuali diseguali rispetto a tutti gli altri. Kennedy insisteva: «Questo il Colorado non lo può fare. Uno Stato non può ritenere una classe di persone estranea alle proprie leggi» .

Data la sua brevità, il parere del giudice Kennedy sollevò molte domande. La questione principale è quella dell'intento illegittimo? O la natura onnicomprensiva della gerarchia imposta dall'Emendamento 2 costituisce di per sé una violazione del principio di eguaglianza,

indipendentemente dal proposito che anima la legge? Personalmente sono d'accordo con gli studiosi che ritengono che l'illegittimità dell'intenzione o del proposito sia al cuore del discorso.¹⁹ Il carattere indiscriminato delle esclusioni è importante, ma lo è a livello euristico, nella misura in cui rivela che l'obiettivo dell'Emendamento non è quello proclamato dallo Stato - e cioè la tutela della libertà religiosa o il ripristino dell'eguaglianza dei diritti (in opposizione ai diritti speciali). Si noti, allora, che questa analisi poggia su casi come Moreno e Cleburne, e non è analiticamente paragonabile ai casi Brown e Loving, nei quali si afferma che la gerarchia è discutibile in se stessa e indipendentemente dall'obiettivo perseguito dallo Stato. Il proposito illegittimo che anima la classificazione è, a quanto sembra, una chiave per dimostrare che - nonostante le apparenze - la legge in esame nel caso Romer non intrattiene un rapporto razionale con un legittimo interesse di governo .

Il Cfv accolse la decisione con una rumorosa protesta. Will Perkins descrisse le forze che avevano prevalso come «volte a far ingoiare uno stile di vita deviante al popolo americano». ²⁰ Egli definì la decisione «una giornata davvero raccapricciante per tutti gli individui coscienziosi d'America», e predisse che gli americani si sarebbero presto sollevati per destituire i sei giudici che avevano condiviso il parere di maggioranza.²¹ Nel caso Romer il giudice Kennedy si muoveva su un terreno sicuro. Dall'inizio alla fine, l'illegittimità dell'intento emergeva chiaramente in ogni aspetto della legge e della sua difesa. Proprio per questa ragione, tuttavia, la decisione presa nel Romer è circoscritta, e offre una guida incerta per futuri casi di discriminazione riguardanti l'orientamento sessuale. Qualora se ne rilevi chiaramente l'intento illegittimo, una legge che imponga svantaggi a gay e lesbiche sarà ritenuta sprovvista di un fondamento razionale e lo standard in base al criterio di razionalità potrebbe senz'altro essere aggressivamente esteso per invalidare altre forme di discriminazione contro gay e lesbiche. Ma che dire degli svantaggi più sottili o delle esclusioni più circoscritte? Tali leggi potrebbero certamente superare il controllo di razionalità. La questione dello standard intermedio diventa allora decisiva. Una sicura tutela di gay e lesbiche da un ampio spettro di svantaggi sembrerebbe richiedere una presa di posizione sul fatto che le leggi che implicano tale

classificazione - come le leggi che riguardano la razza o il genere ? richiedano una qualche forma di standard intermedio .

5. Classificazione sospetta: discriminazione sessuale o immutabilità?

La Corte Suprema del Colorado ha esplorato una possibile strada verso la prescrizione di uno standard intermedio. Questo approccio tuttavia, basato sui diritti fondamentali, è difficile da giustificare in base ai precedenti ed è utile solo in una gamma ristretta di casi, quelli relativi a leggi che impongano penalizzazioni di vasta portata all'interno del processo politico .

Per questo l'approccio basato sulla classificazione sospetta appare preferibile. Ma esistono due versioni diverse di questa strategia, e dobbiamo ora chiederci quale delle due sia la più promettente .

Potremmo definire il primo approccio diretto: argomentare che l'orientamento sessuale costituisca, di per sé, una classificazione sospetta. Questa strategia ha molti punti a favore, dal momento che gay e lesbiche possono chiamare in causa una lunga e odiosa storia di discriminazione, ma è stata ripetutamente sconfitta, poiché le corti si sono rifiutate di riconoscere che sussistevano i requisiti tradizionali della classificazione sospetta .

Alcuni teorici hanno dunque provato un approccio diverso, quello dell'eguaglianza tra i sessi. Le classificazioni riguardanti il sesso sono già oggetto di uno standard intermedio: quindi questa strategia consiste nel tentativo di includere la tutela di gay e lesbiche all'interno di questa categoria legale già riconosciuta. Quella che segue è un'illustrazione di questa posizione nei termini proposti da Andrew Koppelman, il suo più acceso e convincente sostenitore .

Si prendano le leggi contro le unioni interrazziali: a dirci che queste leggi implicano una classificazione razziale è il fatto che se si cambia la razza di una delle due parti, l'unione proposta è ammissibile. Supponiamo che John sia nero e Sally bianca: in base a queste leggi non possono sposarsi. Ma sostituiamo Sally con Mary - e guarda caso Mary è nera - ed ecco che John e Mary possono sposarsi. Dunque, la classificazione è di tipo sospetto, basata sulla razza. Allo stesso modo,

prendiamo ora Jennifer e Susan. Jennifer e Susan vivono in uno stato che proibisce l'adozione alle coppie dello stesso sesso, e così non possono adottare un bambino (tralascio qui di proposito la difficile questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso). Ma se sostituiamo semplicemente Susan con Bob, e Bob è un maschio, ecco che l'handicap sparisce: il cambiamento da un sesso all'altro fa tutta la differenza. Si noti che non abbiamo neanche menzionato l'orientamento sessuale: il punto è che in ogni circostanza in cui la sostituzione di un maschio con una femmina o di una femmina con un maschio produca una sostanziale differenza giuridica, la legge coinvolge una classificazione basata sul sesso, e tali classificazioni meritano un'approfondita verifica di costituzionalità .

Questa è un'argomentazione arguta, ma a molte persone appare legalistica nel senso deteriore del termine: essa individua una lacuna, ma non giunge mai al cuore del problema. E il vero problema quando a Jennifer e Susan è imposto un handicap è che la natura del loro orientamento sessuale è oggetto di penalizzazione. Molti pensano che la loro sessualità sia un male e vogliono evitare che i bambini crescano in quell'atmosfera «patologica». Il modo corretto di pensare a questa classificazione è riconoscere che essa riguarda l'orientamento sessuale e che non si tratta di discriminazione contro le donne in quanto tali. Esiste certamente un'analogia con le leggi contro le unioni interrazziali, ma solo superficiale: questa argomentazione non si spinge abbastanza a fondo da cogliere la fonte reale della discriminazione .

A questo punto, tuttavia, Koppelman ha una risposta affascinante. Guardate in profondità al pregiudizio contro gli omosessuali in sé, e troverete che in realtà, alla radice, è tutta una questione di discriminazione sessuale: è un modo per riprodurre la divisione binaria tra i sessi e il controllo patriarcale degli uomini sulle donne: ciò che preoccupa di Jennifer e Susan è che sono state capaci di sottrarsi a questo controllo patriarcale. Dunque, tanto in un senso superficiale quanto in uno più profondo, quella che affrontano è una forma di discriminazione sessuale .

Rispetto a molti pregiudizi contro le lesbiche questo è probabilmente vero. Forse tale modo di pensare contribuisce anche a spiegare il pregiudizio contro gli uomini gay: il rifiuto di Oscar Wilde del proprio ruolo patriarcale e la sua scelta del sesso come forma di

piacere scioccarono gli inglesi. Forse in alcuni casi il pregiudizio nei confronti degli uomini gay assume la forma più generale di un'ansia verso il modo in cui le loro relazioni confondono le distinzioni di genere. Ma questo pregiudizio - che, in definitiva, è ciò che realmente ispira le mobilitazioni antigay in America - tocca anche, e in modo più centrale, profondi sentimenti d'ansia circa la penetrabilità e la vulnerabilità del corpo (ansie percepite soprattutto dagli uomini). Quelle profonde ansietà corporee non possono essere spiegate nei termini di una paura di perdere il controllo sulle donne. Il fatto che il movimento antigay abbia sin dalla propria nascita ignorato quasi completamente le lesbiche è difficile da conciliare con la tesi più approfondita di Koppelman .

Per questo concludo (anche se con enorme rispetto per l'importante lavoro di Koppelman) che la sua tesi, sebbene identifichi effettivamente una parte di quanto si verifica nella discriminazione contro gay e lesbiche,²² è seriamente incompleta e quindi non indica la strada più soddisfacente verso una tutela rigorosa di gay e lesbiche in base al principio costituzionale di eguaglianza. Dobbiamo tornare, allora, all'approccio diretto. Quale argomento potrebbe condurre a una sua convalida da parte delle corti? Iniziamo con il notare che i tradizionali indizi della necessità di uno standard intermedio - storia di discriminazione, marginalità politica, immutabilità - sono solo, appunto, indizi, e non condizioni necessarie. Sono emersi gradualmente nel tempo e sono stati ritenuti utili in una serie di casi, ma la Corte non ha mai affermato che debbano essere tutti e tre presenti .

Poi, dovremmo provare a cogliere l'intuizione che è alla base di questi indizi. Un'idea chiave sembra essere la seguente: quando un gruppo è posizionato all'interno della società in modo tale da rendere probabile che le classificazioni che lo riguardano siano in qualche modo contaminate dal pregiudizio, dobbiamo osservare più da vicino. Si noti che questa preoccupazione nei confronti del pregiudizio ha un portato molto più ampio della preoccupazione del caso Romer per l'ostilità. Quando un gruppo ha sperimentato una storia di pregiudizio, che spesso implica la costruzione di stereotipi, le classificazioni che coinvolgono tale gruppo potrebbero essere affette da tali stereotipi anche qualora nessuno abbia intenzioni malevole nei confronti del gruppo. Le classificazioni che riguardano le donne, in particolare,

hanno una buona possibilità di implicare un pregiudizio, essendo basate su stereotipi degradanti, anche senza che vi sia ostilità. Come scrisse il giudice Brennan nel caso *Frontiero v. Richardson*, che stabilì il principio dello standard intermedio per le classificazioni basate sul genere: Non può esservi alcun dubbio che la nostra nazione abbia conosciuto una storia lunga e infelice di discriminazione sessuale. Tradizionalmente, tale discriminazione è stata razionalizzata con un atteggiamento di «paternalismo romantico» che, nella sostanza, poneva le donne non su un piedistallo, ma in una gabbia [...]. Come conseguenza [...] le nostre leggi si sono riempite gradualmente di grossolane e stereotipate distinzioni tra i sessi.²³ Lo standard intermedio è necessario non in virtù di un intento malevolo (dopotutto, il «paternalismo romantico» era inteso come benigno) ma a causa di una storia di concezioni deformate che impediscono la piena uguaglianza delle donne .

Così, è la storia di discriminazione ad alimentare le preoccupazioni relative a queste classificazioni e il timore che esse possano esserne contagiate. Io ritengo, che questo sia e dovrebbe essere il criterio base per decidere del carattere sospetto della classificazione, l'unico che va al cuore del motivo per cui in alcuni casi si ritiene necessario uno standard intermedio .

La marginalità politica è importante, quando lo è, in virtù della storia di discriminazione: laddove esiste un notevole pregiudizio, un gruppo probabilmente non avrà grandi opportunità di influenzare i legislatori affinché prendano sul serio i suoi interessi, e naturalmente questo ci offre un motivo per guardare con sospetto alle classificazioni che svantaggiano quel gruppo. Come scrisse il giudice Brennan in un caso del 1985, «a causa della repulsione grave e immediata spesso manifestata verso gli omosessuali una volta che siano pubblicamente identificati come tali, i membri di questo gruppo sono particolarmente privi del potere di rivendicare apertamente i propri diritti nell'arena politica».²⁴ Se il principio chiave per identificare una classificazione è quello del pregiudizio, tuttavia, non dovremmo ritenere la mancanza di potere politico una condizione necessaria dello standard intermedio. Alcuni gruppi possono essere molto attivi politicamente ed essere nondimeno oggetto di pregiudizi e stereotipi opprimenti. Questo è senz'altro vero per le donne, persino oggi. Le persone disabili hanno

organizzazioni che difendono i loro interessi e tuttavia l'evidenza di una discriminazione continua nei loro confronti è talmente chiara che esistono forti presupposti per l'applicazione di uno standard intermedio. Gay e lesbiche si trovano in una situazione analoga: sebbene siano stati capaci di organizzarsi e impegnarsi nell'azione politica, esistono tuttora uno stigma e un pregiudizio dominanti associati alla loro classificazione; dunque, il fatto che tale azione politica esista non dovrebbe escluderli da una forma di standard intermedio .

E che dire dell'immutabilità? Questo criterio è stato spesso messo in discussione, e non è difficile comprenderne il motivo. Immaginiamo che fosse possibile prendere una pillola e cambiare la propria razza: questo renderebbe meno problematica la discriminazione basata sulla razza? Le persone possono cambiare il proprio sesso e lo fanno, ma questo non altera i presupposti per uno standard intermedio, data la storia di discriminazione contro le donne. E di certo la religione è pienamente scelta e mutabile, ma questo non ci induce ad avere una considerazione migliore della discriminazione religiosa (naturalmente la religione, godendo della tutela del Primo Emendamento, non figura nella tradizionale enumerazione delle categorie soggette a eguaglianza, ma ciò che conta è il principio). Dunque, potrebbe sembrare irrilevante stabilire se l'orientamento sessuale sia genetico, acquisito durante la prima infanzia (e probabilmente la risposta è una qualche combinazione di entrambe le ipotesi) o si sia prodotto successivamente .

Proviamo a cogliere l'idea sottostante al riferimento giuridico all'immutabilità esaminando un testo chiave. Ancora una volta, si tratta della pronuncia di maggioranza estesa dal giudice Brennan nel caso *Frontiere*)- .

Inoltre, poiché il sesso, come la razza e l'origine nazionale, è una caratteristica immutabile determinata esclusivamente dall'accidente della nascita, l'imposizione di particolari disabilità ai membri di un particolare sesso a causa di questo sembrerebbe violare «il fondamentale principio del nostro sistema, per il quale gli oneri legali devono avere qualche relazione con la responsabilità individuale». E ciò che differenzia il sesso da status non sospetti come l'intelligenza o la disabilità fisica, mentre lo allinea ai criteri sospetti riconosciuti, è che le caratteristiche sessuali spesso non hanno alcuna relazione con la capacità di agire o di contribuire alla società. Ne consegue che le

distinzioni legislative tra i sessi hanno spesso l'effetto di relegare in modo odioso l'intera classe delle donne a uno status giuridico inferiore senza alcun riferimento alle reali capacità dei suoi singoli membri .

Questo brano chiarisce che ciò che è veramente in discussione non è l'immutabilità in sé, ma l'irrilevanza della classificazione rispetto all'obiettivo in questione. Saggiamente, il giudice Brennan non esprime alcun punto di vista in merito al carattere ereditario dell'intelligenza: nessuno è ancora riuscito a individuare i diversi fattori ambientali ed ereditari che contribuiscono all'intelligenza, e noi rendiamo legittimamente l'intelligenza un criterio rilevante per l'impiego pur senza aver risolto tale questione. In alcuni casi - per esempio le abilità musicali - abbiamo un'idea abbastanza chiara del fatto che la base di tali capacità sia ereditaria e in questo senso immutabile, e tuttavia non proibiamo alle orchestre sinfoniche di assumere gli individui in base alle loro capacità musicali. L'idea fondamentale non ha nulla a che vedere con l'immutabilità in quanto tale; l'idea è che le donne sono state per secoli stereotipate come incapaci in virtù del fatto di essere donne, senza esaminare le caratteristiche individuali potenzialmente rilevanti per un determinato lavoro. Per questo tali classificazioni sono sospette: esse prendono uno status tradizionale al quale sono associati molti stereotipi e ne deducono ulteriori caratteristiche che possono discenderne o meno, anziché concentrarsi sulle caratteristiche pertinenti al lavoro in questione. L'immutabilità dello status figura qui come un motivo del suo perdurare nel tempo, con la conseguenza che svariati stereotipi si consolidano intorno a esso. Ma l'elemento cruciale che rende una classificazione sospetta è la sua irrilevanza .

Torniamo all'orientamento sessuale. Il modo corretto di riflettervi, alla luce del caso Frontiero, consiste nel considerare i molti modi in cui gli stereotipi su gay e lesbiche inducono gli individui ad ascrivere loro caratteristiche tali da far sembrare accettabile il fatto di trattarli malamente. Per esempio, gay e lesbiche sono spesso esclusi da occupazioni che comportino l'insegnamento a causa dello stereotipo della persona gay e lesbica come molestatrice di bambini. Questo stereotipo è privo di dimostrazione e conduce a ogni genere di ingiustizia nella valutazione degli individui, al contrario, nei procedimenti di assunzione le istituzioni dovrebbero esaminare il passato dell'individuo (sia questi eterosessuale o omosessuale)

chiedendosi se vi sia qualcosa che dia motivo di sospettare del comportamento di quella persona nei confronti dei bambini. L'analogia con il caso Frontiero è forte, e non si riferisce all'immutabilità in sé. L'immutabilità è rilevante nella misura in cui la classificazione si è protratta nel tempo e molti pregiudizi sono sorti intorno a essa. Ma la nozione chiave è l'irrilevanza dello status rispetto agli obiettivi per i quali (guidate dal pregiudizio) le persone lo utilizzano .

Esiste un'altra riflessione alquanto differente sollevata dalla questione dell'immutabilità: l'idea della profondità e della centralità di un determinato aspetto nello stile di vita di una persona. Come mai ritenere che l'orientamento sessuale sia innato fa sì che a volte le persone siano più simpatetiche nei confronti di gay e lesbiche, e più disponibili a opporsi al pregiudizio nei loro confronti? Io credo che la connessione funzioni nel modo seguente. Eravamo abituati a pensare che essere gay o lesbica fosse una scelta sbagliata, come fumare. Ovviamente, tali comportamenti deliberati possono essere difficili da cambiare, come certamente è smettere di fumare, ma noi pensiamo che sia ragionevole approvare leggi che penalizzano i fumatori poiché riteniamo che possano imparare a controllarsi, o a cambiare. Naturalmente fumare reca danno a parti non consenzienti, mentre questo non è vero per l'omosessualità (o lo è soltanto, come per l'eterosessualità, in caso di partecipazione non consensuale). Dunque l'analogia è lungi dall'essere perfetta. Chi ritiene che l'omosessualità sia come il fumare dovrebbe ripensarci! Ma immaginiamo ora che tale persona apprenda che l'orientamento omosessuale è basato sui geni, o si definisce nella prima infanzia, o che risulti da una qualche combinazione dei due: a questo punto è probabile che la persona la pensi in modo diverso perché difficilmente possiamo aspettarci che gli individui cambino, se questa è la realtà. Appare dunque punitivo approvare leggi che penalizzano gli individui per caratteristiche personali sulle quali non hanno alcun controllo .

Tuttavia, questa riflessione rimane incompleta senza una considerazione ulteriore: il sesso è fondamentale per la ricerca della felicità. Supponiamo di scoprire che alcune persone hanno un orientamento genetico che le predispone più di altre a comportamenti rischiosi. Non credo che sentiremmo necessariamente di dover abolire le leggi che limitano i rischi che le persone possono correre, anche se

tali comportamenti non influiscono sul benessere di altri (come le norme che richiedono ai motociclisti di indossare il casco). Alcuni saranno a favore di tali leggi e altri le considereranno intrusive o insensate. Ma esse non sembrano sollevare fondamentali questioni di libertà. La differenza è che semplicemente non pensiamo che andare in motocicletta senza indossare il casco sia fondamentale per il significato dell'esistenza. Non stiamo menomando la personalità degli individui chiedendo loro di indossare un casco. L'orientamento sessuale, al contrario, sembra radicarsi nel profondo della struttura della personalità, in modi che sono fondamentali per il perseguimento della felicità. Perciò, chiedere a un individuo di modificare quell'aspetto o di non esprimere il proprio orientamento significa imporre un onere molto penalizzante. Nel valutare il costo che ne consegue, ci chiediamo naturalmente quali alternative abbia l'individuo, e qui l'idea che l'orientamento in questione si consolidi molto presto e sia molto difficile da cambiare diventa importante. Ma l'idea fondamentale è quella della profondità e della centralità (come vedremo nel quinto capitolo, la Corte Suprema dell'Iowa ha reso chiaro questo punto) .

Ancora una volta, questo ragionamento non riguarda realmente l'immutabilità, perché abbiamo già visto nel secondo capitolo che ragioniamo in modo molto simile anche rispetto alla religione, che è intima e centrale ma non immutabile. Forse un contributo ulteriore dell'immutabilità consiste nel ricordarci quanto sia punitivo svantaggiare le persone (in un ambito centrale per il significato dell'esistenza) quando esse non possono cambiare .

Così la nozione legale di immutabilità è confusa, ma ci suggerisce due buone idee, entrambe pertinenti alla nostra questione: l'idea della rilevanza e quella della profondità o centralità. In riferimento a entrambe queste istanze, l'argomento a favore di uno standard intermedio è particolarmente forte. L'orientamento sessuale, come l'essere donna, è irrilevante rispetto a molte cose per le quali la società lo ritiene invece, confusamente, rilevante. Esso è anche profondo e centrale nella vita delle persone, come la religione, in un modo che ci fa ritenere che chiedere loro di smettere di seguire il proprio orientamento sia una forma di crudeltà .

I giudici sono comprensibilmente restii ad accrescere il numero delle classificazioni che ottengono uno standard intermedio. Un

vantaggio del guardare così in dettaglio all'Emendamento 2, tuttavia, è che esso illustra quanto ampio sia effettivamente il ventaglio delle discriminazioni nei confronti di gay e lesbiche. In quel caso la legge non superò neanche la verifica di razionalità, a causa dell'evidenza schiacciante di un intento illegittimo. In molti altri casi, tuttavia, sono la storia di discriminazione e il carattere pervasivo dello stereotipo - anziché l'intento malevolo - a influenzare la classificazione; le persone possono limitarsi a seguire gli stereotipi storici, invece di provare ostilità nei confronti del gruppo in questione. Per sradicare la discriminazione in questi casi, abbiamo bisogno di uno standard intermedio .

Il caso Romer è molto significativo rispetto al modo in cui attitudini sociali maggioritarie esercitano pressione sulle minoranze. L'Emendamento 2 è un classico esempio di politica devliniana: l'indignazione e il disgusto della persona media resero possibile la legge, e una minoranza vulnerabile fu privata, in modo indiscriminato, di diritti e privilegi che sono componenti basilari della politica democratica. Il risultato del caso Romer, come già quello del caso Lawrence, è stato una vittoria per la «politica dell'umanità», una politica basata sull'eguale rispetto e sul tentativo di andare oltre gli stereotipi e verso un onesto confronto con le vite reali del gruppo e dei suoi membri. Si è trattato anche, in un modo strettamente connesso, di una vittoria per l'approccio generale alla politica tracciato da John Stuart Mill, secondo il quale le attitudini della maggioranza non possono privare le minoranze dei loro eguali diritti .

Il caso Romer ha avuto un esito circoscritto. Molto resta da fare per chiarire che cosa sia consentito o meno in quest'area. I giudici possono e devono contribuire a questo processo: come ho suggerito, la nozione ristretta di ostilità deve essere estesa attraverso lo sviluppo di uno standard intermedio chiaramente definito. Ma serve anche una buona legislazione. Molti stati e municipalità hanno leggi antidiscriminazione riferite all'orientamento sessuale, ma la federazione degli Stati Uniti non ne ha nessuna e le risorse politiche dedicate al tentativo di approvarne una sono state insufficienti. Molti americani che rifiutano l'idea dei matrimoni tra persone dello stesso sesso sono pronti a riconoscere che gay e lesbiche dovrebbero essere tutelati dalla discriminazione nell'accesso alla casa e all'impiego, e in altri ambiti

della vita quotidiana. È un peccato che gay e lesbi che non godano di tali protezioni a livello federale, come invece succede per le donne e per le persone con disabilità .

Il caso Romer ha segnato un momento decisivo: raramente il disgusto era stato squadernato così apertamente dinnanzi alla Corte Suprema, e raramente la Corte aveva rifiutato la sua politica in modo così chiaro .

5. Un diritto al matrimonio?

La libertà di sposarsi è stata da tempo riconosciuta tra i diritti fondamentali della persona, libertà essenziale per la legittima ricerca della felicità da parte di uomini liberi .

Corte Suprema degli Stati Uniti, Loving v. Virginia (1967)

[C]i sono molte persone per le quali non è sufficiente che l'ineguaglianza non abbia alcuna motivazione giusta o legittima; esse vogliono inoltre che gli si mostri quale esplicito vantaggio si otterrebbe con la sua abolizione .

A ciò lasciate che risponda che si otterrebbe, in primo luogo, il vantaggio di far sì che la più universale e pervasiva di tutte le relazioni umane venisse regolata dalla giustizia, anziché dall'ingiustizia .

JOHN STUART MILL, L'asservimento delle donne¹

1. Che cos'è il matrimonio?

Il matrimonio è una realtà onnipresente e fondamentale. Gli individui di ogni classe sociale, ogni razza ed etnia, ogni confessione o non confessione religiosa si sposano in tutti gli Stati Uniti, in ogni regione del Paese. Per molti, inoltre, se non per la maggioranza, il matrimonio non è una cosa di poco conto. È un elemento chiave della ricerca della felicità, qualcosa cui le persone aspirano e continuano ad aspirare, incessantemente, anche quando la loro esperienza è stata meno che felice. Sentirsi dire «Non puoi sposarti» significa quindi essere esclusi da uno dei rituali che scandiscono il ciclo di vita americano .

Sarebbe stato possibile affidare le chiavi di accesso al regno della vita coniugale solo ai privati cittadini: corpi religiosi e rispettivi leader,

<http://cultura-non-a-pagamento.blogspot.it/>

famiglie, altre parti della società civile, e così è stato in molte società nel corso della storia. Negli Stati Uniti, tuttavia, come nella maggior parte delle nazioni moderne, è oggi lo Stato ad avere quelle chiavi. Anche se unita in matrimonio dalla propria chiesa o gruppo religioso di appartenenza, una coppia non è sposata nel senso che conta ai fini sociali e politici finché non ha ricevuto un'autorizzazione al matrimonio da parte dello Stato. A differenza degli attori privati, tuttavia, lo Stato non ha assoluta libertà nel decidere chi possa e chi non possa sposarsi. Il coinvolgimento dello Stato solleva questioni fondamentali di eguaglianza di status civile e politico .

Il matrimonio omosessuale è al momento una delle questioni politiche più controverse negli Stati Uniti. Nel novembre 2008 i californiani hanno votato a favore della Proposition 8, un referendum che revocava il diritto di sposarsi alle coppie omosessuali che si erano viste riconosciute quel diritto dai tribunali. Quello stesso giorno, gli elettori della California hanno votato a favore di un'estensiva legislazione di protezione degli animali da trattamenti crudeli negli allevamenti industriali, mostrando con questo di non essere rigidi tradizionalisti, né insensibili alla sofferenza, e tuttavia, una maggioranza ha ritenuto opportuno negare ad alcuni dei suoi concittadini un diritto fondamentale, in un modo che è stato percepito dalla comunità omosessuale come profondamente degradante e umiliante. Nel maggio successivo, la Corte Suprema della California ha confermato il risultato del referendum, pur non annullando i matrimoni legittimamente celebrati in precedenza. L'intera materia sarà presto sottoposta nuovamente agli elettori. Analizzare tale questione può aiutarci a comprendere cosa sta succedendo nel nostro Paese, e in che direzione muoverci .

Prima di affrontare il tema del matrimonio omosessuale, dobbiamo definire cos'è il matrimonio. E appare subito evidente che esso non ha un singolo aspetto: è plurale sia nella sostanza sia nel significato. L'istituzione del matrimonio racchiude e sostiene molteplici componenti della vita umana: relazioni sessuali, amicizia e compagnia, amore, dialogo, procreazione e allevamento dei figli, responsabilità reciproca. I matrimoni possono esistere in assenza di uno qualsiasi di questi elementi (abbiamo sempre accordato autorizzazioni al matrimonio a persone sterili, troppo vecchie per avere figli,

irresponsabili e a persone incapaci di amore e di amicizia. Impotenza, disinteresse per il sesso e il rifiuto di avere rapporti sessuali possono costituire basi per il divorzio, ma non precludono il matrimonio). Possono esistere anche in assenza di tutti questi elementi, anche se unioni di questo tipo sono probabilmente infelici. Ciascuno di questi aspetti cruciali della vita umana, a sua volta, può darsi al di fuori del matrimonio, e possono persino sussistere tutti al di fuori del matrimonio, come dimostrano le molte coppie non sposate che conducono vite di intimità, amicizia e responsabilità reciproca, e che hanno e crescono dei figli (benché questi, considerati illegittimi, abbiano generalmente sofferto di svantaggi sociali e giuridici). Nondimeno, quando ci chiediamo quale sia la sostanza del matrimonio, tipicamente pensiamo a quell'insieme di cose .

Neanche il significato del matrimonio è univoco. Il matrimonio ha, anzitutto, una dimensione di diritto civile. Le persone sposate ricevono dallo Stato una serie di benefici che i non sposati solitamente non hanno: un trattamento favorevole in materia di tasse, eredità e assicurazioni; diritti di immigrazione; diritti di adozione e custodia; diritti decisionali e di visita nel campo sanitario e in caso di sepoltura; esonero del coniuge dall'obbligo di testimoniare in tribunale e molti altri .

In secondo luogo, il matrimonio ha una dimensione espressiva. Quando due persone si sposano, tipicamente dichiarano il proprio amore e la propria devozione di fronte a dei testimoni. La maggior parte degli sposi considera tale dichiarazione un fatto molto importante della propria vita: la possibilità di fare quell'affermazione, e di farla liberamente (non sotto minaccia), è considerata costitutiva della libertà umana degli adulti. Generalmente si ritiene che la dichiarazione della coppia che si sposa implichi una risposta da parte della società: noi ci dichiariamo amore e devozione, e la società, in risposta, riconosce e nobilita il nostro impegno reciproco .

Il matrimonio ha, infine, un aspetto religioso. Per molti individui un matrimonio non è completo se non è solennemente riconosciuto dalle autorità rilevanti nella loro religione, in base alle sue regole .

Benché il matrimonio abbia tre aspetti distinti, attualmente lo Stato gioca un ruolo fondamentale in ciascuno di essi: conferisce e amministra benefici; opera, o così sembra, come un agente di

riconoscimento o attribuzione di dignità e stringe alleanze con i corpi religiosi. I membri del clero hanno sempre fatto parte del novero di coloro che sono autorizzati a celebrare matrimoni legalmente validi. Le religioni possono rifiutare di sposare persone che sono idonee al matrimonio dal punto di vista dello Stato, e possono anche accettare di sposare persone che non sono idonee per il matrimonio sancito dallo Stato. Oggi, però, gran parte dei matrimoni ufficiali contratti negli Stati Uniti è celebrata in luoghi religiosi da personale religioso. Ciò che si celebra (quando c'è un'autorizzazione da parte dello Stato), tuttavia, non è solo un rituale religioso, ma anche un rito di passaggio di natura pubblica, l'entrata in uno status civile privilegiato .

Per beneficiare di questo privilegio legale, non occorre dimostrare di essere persone per bene. Criminali, genitori divorziati che non pagano gli assegni di mantenimento per i figli, persone con una storia di violenza domestica o abuso psicologico, evasori fiscali, drogati, stupratori, assassini, razzisti, antisemiti e bigotti vari possono tutti sposarsi se vogliono, e anzi si ritiene che siano titolari di un diritto costituzionale fondamentale in tal senso...2 a patto che vogliano sposare una persona di sesso opposto. Benché alcune religioni raccomandino una consulenza prematrimoniale e non permettano di sposare individui che non sembrano pronti al matrimonio, lo Stato non opera questa distinzione. Il capriccio più estemporaneo può trasformarsi in un matrimonio, con l'unico ostacolo del tempo necessario a ottenere un'autorizzazione. Inoltre, le regole non impongono alcun limite circa chi sia autorizzato a celebrare un matrimonio. Si può essere ordinati su internet ministri dell'Universal Life Church o di qualche altra religione online. Alcuni stati incoraggiano gli amici della coppia a celebrare la funzione, permettendo a ciascun individuo di farlo al massimo una volta l'anno. Né le persone devono in alcun modo condurre uno stile di vita sessuale gradito alla maggioranza per potersi sposare. Pedofili, sadici, masochisti, sodomiti, transessuali: tutti possono essere uniti in matrimonio dallo Stato, a patto che sposino qualcuno del sesso opposto.

Alla luce di tutto questo, l'idea che nel celebrare matrimoni lo Stato accordi espressamente la propria approvazione o conferisca dignità appare improbabile. C'è in realtà qualcosa di strano nella miscela di noncuranza e solennità con cui lo Stato agisce in quanto officiante di matrimoni. E tuttavia, la maggior parte degli individui

pensa che lo Stato, nel rilasciare un certificato di matrimonio esprima approvazione e, nel negarlo, disapprovazione .

Qual è l'oggetto del dibattito sul matrimonio omosessuale? Non è certo se le relazioni omosessuali possano esprimere la sostanza del matrimonio: pochi sarebbero disposti a negare che gay e lesbiche siano capaci di amicizia, intimità, «amorosa e piacevole corrispondenza» e responsabilità reciproca, né che possano avere e crescere dei figli (siano essi figli di un precedente matrimonio, generati dalla coppia attraverso l'inseminazione artificiale o una madre surrogata, o adottati). E certamente nessuno negherebbe che gay e lesbiche siano capaci di intimità sessuale, poiché tipicamente è proprio questo il fulcro dell'ostilità nei confronti delle relazioni omosessuali .

E il dibattito non riguarda neppure, almeno al momento, gli aspetti civili del matrimonio: stiamo ormai muovendo verso un consenso generale rispetto al fatto che coppie omosessuali e coppie eterosessuali debbano avere eguali diritti civili. I leader di entrambi i principali partiti politici hanno apparentemente fatto propria questa posizione durante la campagna presidenziale del 2008 - sebbene non tutti i repubblicani abbiano pienamente avallato un regime di unioni civili, e fino a questo momento solo uno sparuto numero di stati abbia legalizzato le unioni civili con privilegi materiali equivalenti a quelli del matrimonio (come discuterò tra breve, tuttavia, il Defense of Marriage Act sancisce che nessuna unione o matrimonio tra coppie dello stesso sesso è pienamente eguale dal punto di vista materiale a un matrimonio tra persone di sesso opposto) .

Infine, il dibattito non riguarda gli aspetti religiosi del matrimonio. Quasi tutte le religioni principali hanno i propri dibattiti interni, spesso accesi, rispetto allo status delle unioni omosessuali. Alcune denominazioni - gli universalisti unitariani e l'ebraismo riformato e conservatore - hanno riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Altre, come la Chiesa episcopale protestante degli Stati Uniti, hanno assunto una posizione benevola nei confronti di tali unioni. Presbiteriani, luterani e metodisti sono attualmente divisi sulla questione, e lo stesso vale per i cattolici americani, laici e clericali, benché la gerarchia ecclesiastica sia fermamente contraria. Altre religioni ancora (la Chiesa battista del Sud, la Chiesa di Gesù Cristo dei santi dell'ultimo giorno) sembrano decisamente contrarie, nel loro

complesso, al riconoscimento di queste unioni. Oggi negli Stati Uniti non esiste una posizione religiosa univoca in materia, ma i dibattiti più animati avvengono di solito all'interno dei corpi religiosi e al livello delle singole denominazioni; non è questo fervore a tracimare nella pubblica arena. Qualunque fosse la posizione della legge, inoltre, le specifiche religioni sarebbero libere di sposare o non sposare le coppie omosessuali .

Il dibattito pubblico, invece, ruota principalmente intorno alla dimensione espressiva, pubblica e condivisa, del matrimonio. È qui che risiede la differenza tra unioni civili e matrimonio, ed è questa la materia del contendere quando le coppie omosessuali rifiutano l'offerta di compromesso delle unioni civili, richiedendo invece niente di meno del matrimonio. È perché questo sembra conferire qualche tipo di dignità o approvazione pubblica alle parti interessate e alla loro unione che l'esclusione di gay e lesbiche è considerata (anche quando questi hanno diritto a unioni civili che conferiscono gli stessi benefici del matrimonio) stigmatizzante e degradante, sollevando questioni di eguaglianza civile ed eguaglianza della legge .

La dimensione espressiva del matrimonio solleva diverse questioni. Anzitutto, assumendo che il rilascio di un'autorizzazione al matrimonio esprima un tipo di approvazione pubblica, lo Stato dovrebbe essere chiamato a favorire, o a nobilitare, certe unioni piuttosto che altre? In altre parole, esistono buone ragioni pubbliche per cui lo Stato debba occuparsi di matrimonio tout court, piuttosto che solo di unioni civili? Secondo, se queste buone ragioni esistono, quali sono gli argomenti favorevoli e contrari all'ammissione delle coppie omosessuali allo status di coppia sposata, e cosa dovremmo pensarne? È molto importante tenere queste due domande distinte. È possibile sostenere, come farò, che nella misura in cui lo Stato è coinvolto nelle faccende matrimoniali, considerazioni di eguaglianza impongono di rendere il matrimonio accessibile anche alle coppie dello stesso sesso - ma che sarebbe molto meglio, sia in termini di teoria politica sia di politiche pubbliche, se lo Stato si astenesse dal celebrare matrimoni, lasciando la sfera espressiva alle religioni e agli altri gruppi privati cui le persone aderiscono, e offrisse unioni civili alle coppie sia omosessuali che eterosessuali .

Nel discorso che segue, dobbiamo tenere in mente un elemento importante relativo al federalismo. Nessuno Stato può indipendentemente dagli altri istituire unioni per i gay e le lesbiche, si chiamino esse «unioni civili» o «matrimoni», che siano esattamente eguali ai matrimoni eterosessuali, perché il Defense of Marriage Act federale stabilisce che gli altri stati non sarebbero obbligati a riconoscere tali unioni e che esse non sarebbero riconosciute dal governo federale. Questo è un problema rilevante tanto sul piano materiale quanto su quello del significato. Il dipartimento di Giustizia dell'amministrazione Obama continua a sostenere il Defense of Marriage Act, benché il presidente durante la campagna elettorale avesse dichiarato che ne avrebbe richiesto l'abrogazione .

2. Il matrimonio nella storia: la mitica età dell'oro

Di questi tempi, nel parlare dell'istituzione del matrimonio la gente assume spesso un'aria nostalgica. Fino a pochissimo tempo fa, si pensa e spesso si sente dire, il matrimonio era un impegno contratto per tutta la vita tra un uomo e una donna, santificato da Dio e dallo Stato, finalizzato alla compagnia reciproca e all'educazione dei bambini. Le persone vivevano secondo queste regole ed erano felici. Tipica, se in qualche modo retorica, è questa affermazione del senatore del West Virginia Robert Byrd nel corso dei dibattiti sul Defense of Marriage Act: Signor presidente, nel corso degli annali dell'esperienza umana, in dozzine di civiltà e culture dotate di diversi sistemi di valore, l'umanità ha scoperto che la relazione duratura tra uomini e donne è una chiave di volta per la stabilità, la forza e la salute della società umana - una relazione che merita riconoscimento giuridico e tutela giurisdizionale .

In passato vivevamo nell'età dell'oro della purezza coniugale, si dice. Ora, invece, sta andando tutto a pezzi. Divorziano tutti. I bambini crescono senza guida, supporto e amore sufficienti, perché gli adulti vivono solo per il proprio piacere egoistico. Dobbiamo rinsavire e tornare alle regole che ci rendevano tutti felici .

Come molti miti sull'età dell'oro, anche questo contiene un nucleo di verità: l'impegno e il senso di responsabilità sono messi a dura prova nella nostra cultura, e troppi bambini stanno davvero crescendo senza

un sufficiente supporto economico o emotivo. Tuttavia, non possiamo pensare con lucidità a come risolvere questo problema se prima non riconosciamo le falle in tale rappresentazione mitica del nostro passato. Come tutte le utopie di purezza, anche questa nasconde una realtà che è molto più variegata, complessa e spesso difficile .

Tanto per cominciare, l'idea del senatore Byrd che il matrimonio monogamo a vita abbia costituito la norma nel corso della storia umana è semplicemente sbagliata. Molte società hanno adottato forme diverse di poligamia, matrimonio informale o di matrimonio di fatto, e monogamia sequenziale. Le persone che basano le proprie norme etiche sulla Bibbia molto raramente tengono conto del fatto che la società descritta nell'Antico Testamento è poligama: numerosi patriarchi erano legati a più di una moglie e molti avevano anche concubine socialmente riconosciute. Persino le parole dei dieci comandamenti nella loro seconda apparizione nel Deuteronomio (5, 1-18) presuppongono la poligamia: il comandamento di non desiderare la donna d'altri si riferisce solo agli uomini, mentre il comandamento di non desiderare la roba d'altri si rivolge a uomini e donne; una donna non sposata poteva desiderare il marito di un'altra donna (come notano alcuni commenti), perché aveva la possibilità di diventare un'ulteriore moglie di quell'uomo .

In molte altre società antiche (come in alcune moderne), il sesso fuori dal matrimonio era (è) una consuetudine: nell'antica Grecia, per esempio, gli uomini sposati avevano regolarmente rapporti sessuali socialmente accettati con prostitute (donne e uomini) e, con alcune restrizioni, con cittadini più giovani di sesso maschile. Una delle ragioni di quest'usanza era che le donne erano recluse e prive di istruzione, quindi non in grado di condividere le aspirazioni politiche e intellettuali di un uomo. In varie epoche e in luoghi diversi, gli individui hanno associato il desiderio erotico all'amicizia e alla comunanza di interessi .

Se guardiamo alla Roma repubblicana, una società più simile alla nostra nel fondare il matrimonio su un ideale di amore e compagnia,³ scopriamo che proprio questo ideale diede origine a un gran numero di divorzi, nella misura in cui tanto gli uomini quanto le donne cercavano un partner con cui essere felici e condividere la propria vita. È difficile trovare un grande personaggio romano, uomo o donna, che non si sia

sposato almeno due volte. Inoltre, i matrimoni romani erano tipicamente non monogami da parte dell'uomo ed era ovvio che l'uomo avesse relazioni sessuali con uomini e donne di rango inferiore (prostitute, schiavi); benché protestassero anche le loro mogli, consideravano la pratica tipica e comune."⁴ Questi personaggi romani erano spesso oggetto di ammirazione (e giustamente, a mio parere) in quanto buoni cittadini, individui che credevano nella virtù civica e cercavano fermamente di condurre l'attività di governo in modo conforme a quell'impegno. Per i fondatori degli Stati Uniti, la Repubblica romana era certamente una sorgente indispensabile di norme politiche ed eroismi individuali. E tuttavia questi eroi non vivevano in un Eden coniugale .

In realtà, non c'è antidoto migliore al mito della purezza coniugale della descrizione offerta da Cicerone del matrimonio infelice di suo fratello Quinto con Pomponia Attica, la sorella del suo migliore amico Attico. Attraverso questo racconto (per quanto parziale, poiché in favore del fratello) intravediamo qualcosa di così familiare che è difficile credere che sia avvenuto intorno al 50 a.C. Cicerone è in campagna in una delle sue residenze, e a quanto pare suo fratello ha trascinato dalla città la moglie recalcitrante per portarla a trascorrere una settimana nella tenuta - con un cognato cui lei non va a genio e che, nonostante la sua indubbia grandezza, è a dir poco ossessivamente concentrato su se stesso: Colà venuti, Quinto con tutta piacevolezza: «Pomponia», disse, «invita tu le femmine; io farò venire i fanciulli». Nulla si poteva più dolcemente (così certo ne parve a me) sì di parole e sì di animo, o di sembianze. Ma ella, udenti noi: «Io son qui forestiera», rispose [...]. Allora Quinto «Udisti?», disse, «queste son le carezze che io m'ho ciascun dì» [...]. Io stesso me ne sentii riversato: così irragionevole, così aspra di parole e d'aspetto fu la risposta. [Vanno tutti a pranzare, eccetto Pomponia, che si dirige direttamente nella sua camera da letto; Quinto le fa portare un po' di cibo, che lei rifiuta] Che più? Non vidi mai più mansueta cosa del fratello, né più alpestra della sorella tua; e lascio dall'un de' lati molte altre cose che troppo più a me che ad esso Quinto mosser la bile. [Il giorno seguente, Quinto ha una discussione con il fratello] Mi contò com'ella non era voluta dormire con lui, e che essendo lei sul partire, era dell'umor medesimo ch'io l'aveva veduta. Che vuo' tu altro? Tu puoi ben dirle, sì, che quel dì, al

parer mio, non fu la più gentil donna del mondo.' (Il matrimonio durò altri sei infelici anni e poi terminò con un divorzio.) Spesso non diamo peso ai costumi dei tempi antichi (per esempio, la poligamia biblica) poiché così distanti da noi che nessun paragone avrebbe senso. Lo shock di vedere il nostro volto nello specchio della narrazione intima di Cicerone ci ricorda che gli esseri umani hanno sempre avuto difficoltà a mantenere relazioni d'amore e persino d'amicizia, e che il cattivo carattere, l'incompatibilità e la non concordanza dei desideri non sono un'invenzione della rivoluzione sessuale. Certamente non sono causati dal riconoscimento dei matrimoni omosessuali. Abbiamo sempre vissuto in un mondo del dopo Caduta .

L'aumento dei divorzi nell'era moderna, inoltre, non è stato causato dal disprezzo per il matrimonio ma, in misura di gran lunga superiore, da un'elevata considerazione di ciò che il matrimonio dovrebbe essere. Ciò non è dovuto solo al fatto che si sia cominciato a pensare che le donne avessero il diritto di divorziare per motivi di violenza fisica, e che un divorzio di quel tipo fosse una buona cosa, si tratta anche della veemenza con cui i cristiani hanno iniziato a sostenere - proprio come quegli antichi romani - che il matrimonio implica molto più della procreazione e delle relazioni sessuali. Nella sua famosa difesa del divorzio per motivi di incompatibilità, Milton descrive l'obiettivo fondamentale del matrimonio come una «amorosa e piacevole corrispondenza», e nota che il matrimonio dovrebbe soddisfare non solo le passioni del corpo, ma anche il «desiderio innocente e intellettuale» che porta due persone a voler parlare a lungo l'una con l'altra. Gli individui hanno il diritto di pretendere questo dai loro matrimoni, sostiene Milton, e hanno il diritto di divorziare se non lo conseguono. Se adottiamo l'affascinante prospettiva di Milton, dovremmo vedere il divorzio non (necessariamente) come manifestazione di un allontanamento da alti ideali morali, ma piuttosto come l'espressione di un'indisponibilità a tollerare una relazione che non soddisfa, o almeno non persegue seriamente, quegli alti ideali .

Negli Stati Uniti, come illustrano gli storici del matrimonio, la norma sociale della monogamia coniugale è stata cruciale dai tempi coloniali in poi.⁶ Tale norma tuttavia, come la maggior parte delle norme in tutti i tempi e tutti i luoghi, non coincideva con la realtà. Studiare la realtà della discordia e della separazione coniugale è molto

difficile, perché molti matrimoni falliti, se non la maggior parte, non si concludevano formalmente con un divorzio. Dato che fino a tempi relativamente recenti il divorzio era difficile da ottenere, e che l'America offriva così tanto spazio per trasferirsi e reinventare se stessi, molte persone, uomini e donne, semplicemente si spostavano e cominciavano una nuova vita da qualche altra parte. Un uomo che si presentasse con una «moglie» al seguito non correva grossi rischi di incorrere in controlli formali per verificare se fosse legalmente divorziato dalla moglie precedente; questo tipo di controlli tra uno Stato e l'altro sarebbe stato praticamente impossibile. A una donna che si presentasse come «la vedova Jones» non era richiesto di esibire il certificato di morte del marito prima di poter iniziare una nuova relazione e sposarsi. Durante la corsa all'oro gli uomini partirono per il West e non tornarono, le donne si trasferirono nelle città e misero su delle locande o cominciarono a lavorare nelle fabbriche. I casi di separazione e i tentativi di contrarre un nuovo matrimonio che finirono in tribunale sono solo la punta di un vasto iceberg che resta sommerso. Se, come conclude lo storico Hendrik Hartog a proposito del XIX secolo, «la mobilità coniugale caratterizzò la vita giuridica e costituzionale americana»,⁷ essa caratterizzò molto di più le vite quotidiane degli americani che non intrapresero cause di separazione.

Un vivido esempio di questa realtà quotidiana è la vita di Rachel, la moglie di Andrew Jackson. Rachel e il suo primo marito si separarono e si trasferirono in stati diversi, mentre era ancora legittimamente sposata Rachel conobbe Jackson e lo sposò. Poiché «sposò» un uomo che sarebbe presto diventato famoso, la sua storia finì sui giornali, se non si fosse trattato di un uomo famoso, nessuno ci avrebbe fatto caso.

Nella misura in cui la monogamia era una realtà, non dobbiamo mai dimenticare che essa si basava su una negazione dei diritti delle donne. Di fatto, l'aumento dei divorzi negli ultimi anni è probabilmente connesso alla maggiore autonomia sociale e politica delle donne più che a ogni altro fattore. Ai tempi in cui le donne non avevano diritti, competenze spendibili sul mercato e quindi nessuna possibilità di rendersi autonome, dovevano spesso tollerare cattivi matrimoni, adulteri, negligenze e persino violenze domestiche. Quando hanno la possibilità di porre fine a una relazione, molte donne chiedono qualcosa

di meglio. Questa semplice spiegazione economica dell'aumento dei divorzi - insieme all'enfasi posta da Milton sul bisogno di sintonia e corrispondenza emotiva - è molto più convincente dell'idea di una caduta dallo Stato di purezza etica per spiegare da dove siamo arrivati al punto in cui ci troviamo oggi. Ma se questi problemi sono importanti, la negazione del matrimonio alle coppie omosessuali non è certamente il modo di affrontarli.

Per tutto il XIX e l'inizio del xx secolo, l'uso strategico del federalismo è stato una caratteristica distintiva del matrimonio negli Stati Uniti. Le leggi sul matrimonio sono sempre state leggi statali (nonostante i frequenti tentativi di emanare una legge nazionale su matrimonio e divorzio).⁸ Gli stati americani, tuttavia, come al solito hanno usato quel potere per competere l'uno con l'altro, e il matrimonio è presto diventato un'arena di concorrenza. Ben prima che il Nevada, in virtù dei requisiti minimi di residenza, diventasse celebre come paradiso dei divorzi, altri stati avevano assunto quel ruolo. Per un certo periodo, lo stato dell'Indiana (sorprendentemente) è stato il paradiso dei divorzi per le coppie in fuga dai rigidi requisiti di stati come quello di New York (fino a tempi molto recenti tra i più restrittivi) e il Wisconsin; altri paradisi sono stati, in momenti diversi, il Connecticut e il South Dakota. I motivi per cui uno Stato liberalizzava le proprie leggi erano complessi, ma alcuni erano di natura economica: nell'attesa di soddisfare il requisito di residenza, le coppie avrebbero speso denaro all'interno dello Stato.⁹ Altri stati mantennero una legislazione restrittiva per attrarre un determinato gruppo di cittadini anziché un altro. In breve, le leggi sul matrimonio «divennero pacchetti pubblici di beni e servizi in competizione con quelli di altre giurisdizioni per la lealtà e i versamenti fiscali di una cittadinanza mobile». ¹⁰ Ciò cui assistiamo oggi - nel momento in cui sette stati (Massachusetts, Connecticut, Iowa, Maine, New Hampshire, Vermont e, per un breve periodo, la California) hanno legalizzato i matrimoni gay; altri (California e Vermont, fino al settembre 2009, e il Connecticut prima della recente decisione della Corte) hanno offerto unioni civili con benefici analoghi a quelli del matrimonio; e altri ancora hanno annunciato che, pur non celebrando matrimoni gay, riconosceranno quelli legalmente contratti in altre giurisdizioni - è lo stesso tipo di processo competitivo, anche se con un'importante differenza. Il Defense

of Marriage Act federale ha reso chiaro che gli stati non sono tenuti a riconoscere i matrimoni contratti legalmente altrove. Non era così per i diversi regimi di divorzio: una volta legittimamente divorziate in un altro Stato americano, le parti erano considerate divorziate anche nello Stato di provenienza .

La situazione anomala dei matrimoni omosessuali - per cui una coppia può essere legittimamente sposata per uno Stato, e non sposata secondo un altro - ha dato origine a una moltitudine di dilemmi giuridici. Ipotizziamo che David e Larry si siano sposati in Massachusetts, Larry va in viaggio di lavoro a Chicago e si ammala gravemente. David ha il diritto di prendere decisioni critiche sulle sue cure mediche? Ipotizziamo, invece, che David vada in Texas e sia arrestato per aver commesso un reato. Larry riceve un mandato di comparizione per testimoniare le cruciali informazioni di cui è ritenuto a conoscenza. Larry ha il diritto di rifiutare di testimoniare in base alla facoltà di astensione dei prossimi congiunti? Questi e innumerevoli altri casi di conflitto tra norme sono in attesa di risoluzione.¹¹ Il federalismo incoraggia la sperimentazione, in assenza di riconoscimento reciproco tra gli stati, tuttavia, consegna al diritto un insieme di questioni di lunga e difficile risoluzione .

Se quindi la situazione di misconoscimento cui sono soggette le coppie omosessuali non segue di pari passo la storia dei nostri mutevoli regimi di divorzio, ha tuttavia un fondamentale precedente storico. Gli stati dotati di leggi contro le unioni interrazziali rifiutavano di riconoscere i matrimoni tra bianchi e neri legittimamente contratti altrove, e li consideravano addirittura dei reati. Il caso della Corte Suprema che portò alla revoca delle leggi contro le unioni interrazziali, *Loving v. Virginia*, era proprio di questo tipo. Mildred Jetter (afroamericana) e Richard Loving (bianco) si erano sposati a Washington nel 1958 ma il loro matrimonio non era legalmente riconosciuto nel loro Stato natale, la Virginia. Quando vi fecero ritorno, nel pieno della notte furono arrestati nella loro camera da letto.¹² Il loro certificato di matrimonio era appeso alla parete. Lo Stato li incriminò, poiché il matrimonio interrazziale costituiva un reato in Virginia e furono condannati. Il giudice quindi disse loro di lasciare lo Stato per venticinque anni o di trascorrerne uno in prigione. I due

partirono, ma iniziarono la causa che portò alla storica decisione del 1967 .

Richard Loving morì in un incidente d'auto nel 1975; Mildred è rimasta in vita fino al maggio 2008. Tornando nel 2007 sul proprio caso, in occasione del quarantesimo anniversario, rilasciò una rara dichiarazione pubblica, nella quale diceva di considerare la lotta che lei e Richard avevano portato avanti simile alle lotte delle coppie omosessuali di oggi: La mia generazione era profondamente divisa su una cosa che avrebbe dovuto essere del tutto evidente, e giusta. La maggioranza credeva [...] che fosse la volontà di Dio a tenere le persone separate, e che il governo dovesse discriminare persone che si amavano. Ma [...] le paure e i pregiudizi della vecchia generazione sono una cosa del passato e i giovani di oggi hanno capito che se due persone si amano hanno il diritto di sposarsi. Circondata oggi dai miei meravigliosi figli e nipoti, non passa giorno senza che io pensi a Richard e al nostro amore, al nostro diritto di sposarci, e a quanto abbia significato per me avere la libertà di sposare la persona che per me era speciale, anche se gli altri pensavano che fosse «la persona sbagliata». Credo che tutti gli americani, indipendentemente dalla razza, dal sesso, dall'orientamento sessuale debbano avere quella stessa libertà di sposarsi.¹³ La politica dell'umanità sembrerebbe spingerci a concordare con lei. Consideriamo, tuttavia, le argomentazioni della controparte .

3. Il panico sui matrimoni gay: motivazioni e paure di contaminazione

Nell'esaminare le motivazioni contrarie ai matrimoni gay, dobbiamo tenere sempre presenti due domande. Anzitutto, una determinata motivazione davvero giustifica la restrizione giuridica dei matrimoni gay o solo la disapprovazione morale e religiosa di alcuni? Viviamo in un paese con un'ampia gamma di convinzioni religiose e concordiamo tutti nel rispettare lo spazio al cui interno tali credenze si esprimono. Tuttavia, non siamo d'accordo sul fatto che queste convinzioni, di per sé, costituiscano un fondamento sufficiente per la regolamentazione giuridica. In genere, pensiamo che alcune di quelle convinzioni (inclusa una parte, ma non la totalità, di quelle morali) riguardino questioni

pubbliche che incidono sulla vita di tutti i cittadini in una società giusta, e che altre siano invece di natura intraconfessionale. Per esempio, gli ebrei osservanti aborriscono il consumo di maiale, ma pochi (ammesso che ve ne sia qualcuno) penserebbero che questa repulsione di origine religiosa possa costituire un motivo per rendere il consumo di maiale illegale. Quel divieto è fondato su testi religiosi in cui non tutti i cittadini si riconoscono e non può essere tradotto in una ragione pubblica che i fedeli di ogni religione possano accettare. Analogamente, nel nostro caso, dobbiamo chiederci se le argomentazioni contrarie al matrimonio omosessuale siano espresse in un linguaggio neutro e condivisibile, o piuttosto in un linguaggio dottrinale settario. Se le argomentazioni sono di natura morale piuttosto che dottrinale, sono più accettabili, ma dobbiamo comunque chiederci se siano compatibili con i valori fondamentali di una società che intende offrire a tutti i cittadini un'eguaglianza da parte della legge. Molti aspetti giuridici della nostra storia di discriminazione razziale e di genere erano supportati da principi morali di natura secolare, ma questo non li ha esentati dal controllo giurisdizionale di costituzionalità .

In secondo luogo, dobbiamo chiederci se una determinata argomentazione giustifichi la conclusione che se ne trae, o se ci sia motivo di considerarla la razionalizzazione di una qualche ansia o avversione più profonda (ostilità, per usare il linguaggio del caso Romer) .

L'obiezione principale e più diffusa al matrimonio omosessuale consiste nel sostenere che esso è immorale e contro natura. Argomenti simili erano comuni nel dibattito sulle leggi contro le unioni interrazziali. Allora come oggi, tali posizioni erano solitamente espresse in modo settario e dottrinale, in base a testi di natura religiosa (i giudici che difendevano le leggi contro le unioni interrazziali, per esempio, facevano riferimento alla volontà di Dio quando sostenevano che la mescolanza tra le razze era contro natura). È difficile formulare queste convinzioni in una forma che sia accettabile per i cittadini la cui religione insegna qualcosa di diverso. Sono argomentazioni paragonabili a quelle ebraiche contro il consumo di maiale: forniscono un buon motivo perché i seguaci di alcune religioni non stringano matrimoni omosessuali, ma non uno sufficiente per renderli illegali in una società pluralistica .

Una seconda obiezione, forse quella espressa più spesso dalle persone più misurate, sostiene che lo scopo principale del matrimonio «santificato» dallo Stato sia la procreazione e l'educazione dei figli. Proteggere un'istituzione che serve tali obiettivi è un interesse pubblico legittimo, e quindi esiste un interesse pubblico legittimo a supportare i matrimoni potenzialmente procreativi. Ci chiediamo se ne consegua un interesse pubblico a circoscrivere il matrimonio solo ai casi in cui possa avere luogo la procreazione. Questo punto non è chiaro. Dovremmo tutti concordare sul fatto che la procreazione, la protezione e la crescita dei bambini in un ambiente sicuro siano finalità pubbliche importanti. Non risulta, tuttavia, che si sia mai pensato di poter perseguire al meglio questi obiettivi riservando il matrimonio alle coppie in grado di procreare. Se mai lo abbiamo pensato, dobbiamo allora prendere atto di non aver mai fatto nulla a questo proposito: non abbiamo mai limitato il matrimonio alle persone fertili o anche solo a quelle in età fertile. È molto difficile spiegare nei termini dell'interesse dello Stato alla procreazione perché il matrimonio tra due eterosessuali di settant'anni dovrebbe essere consentito, e quello di due uomini o due donne dovrebbe essere proibito - a maggior ragione dal momento che molte coppie omosessuali hanno e crescono dei figli. Se la proposta fosse quella di introdurre nuove restrizioni - il matrimonio solo per le coppie in grado di procreare - potrebbe avere senso, anche se rimarrebbe da spiegare perché la restrizione favorirebbe i procreatori. Ma è ovvio che pochi supporterebbero una restrizione del genere. Siamo tutti molto più propensi a concordare con Milton: il matrimonio va oltre il fatto puramente biologico. Ha a che fare con la compagnia, il dialogo, la condivisione di una vita .

In tali circostanze, quindi, l'argomentazione della procreazione appare ambi valente, poiché approva nelle coppie eterosessuali ciò che non tollera nelle coppie dello stesso sesso. Se chi la sostiene dovesse aggiungere che il matrimonio degli eterosessuali sterili comunque supporta in qualche modo gli sforzi delle coppie fertili, potremmo rispondere che anche le coppie gay e lesbiche che non hanno o allevano figli potrebbero fare lo stesso .

Talvolta questa argomentazione è posta in termini leggermente diversi: il matrimonio ha a che fare con la tutela dei figli, e sappiamo che i bambini stanno meglio in una casa in cui ci siano un padre e una

madre, quindi c'è un legittimo interesse pubblico a supportare un'istituzione che realizzi questo obiettivo. Posta in questi termini, l'argomentazione offre ancora una volta una ragione pubblica legittima per favorire e sostenere il matrimonio eterosessuale, anche se è meno chiaro sul perché addurrebbe motivi alla limitazione dei matrimoni gay (e dei matrimoni tra persone troppo anziane per avere figli, o che non desiderano averne). Il problema principale di questo ragionamento, tuttavia, è la realtà dei fatti. Studi psicologici hanno dimostrato più e più volte che i bambini stanno meglio quando ricevono amore e sostegno, e sembra che le famiglie con due genitori svolgano questo ruolo meglio delle famiglie con un genitore singolo. Nulla prova, tuttavia, che le coppie di sesso opposto siano meglio a questo proposito delle coppie dello stesso sesso. C'è una sensazione diffusa che questi dati possano non essere corretti, che vivere in un'atmosfera immorale non può che essere dannoso per un bambino. Ma questa sensazione poggia sugli stessi giudizi religiosi della prima argomentazione; quando il benessere del bambino è valutato su una base non religiosa, non vi è alcuna differenza.¹⁴ Inoltre, non vi è assolutamente prova del fatto che il riconoscimento del matrimonio gay ridurrebbe il numero delle coppie che scelgono il matrimonio tradizionale e crescono i propri figli all'interno di tale istituzione. Dunque, anche se avessimo motivo di ritenere il matrimonio eterosessuale più positivo per i bambini, la proibizione di quello gay non apporterebbe nulla alla promozione del benessere del bambino nei termini ora descritti.

Una terza motivazione è che in virtù dell'avallo da parte dello Stato, il matrimonio gay costringerebbe coloro che lo ritengono un male a dare la propria «benedizione» o approvazione, violando quindi le proprie coscienze. Quest'argomentazione è stata avanzata di recente con una certa autorevolezza da Charles Fried in *Modern Liberty*. Fried, che come abbiamo visto nel secondo capitolo è favorevole alla revoca delle leggi antisodomia ed esprime una considerevole simpatia per le coppie omosessuali, ritiene comunque il matrimonio una misura eccessiva a causa di quest'idea del consenso forzato.

Qual è esattamente il suo ragionamento? Fried non afferma che il riconoscimento del matrimonio omosessuale costituirebbe una violazione al principio del Primo Emendamento che sancisce il libero esercizio del culto religioso (si tratterebbe del resto di una posizione

insostenibile). Probabilmente, quindi, l'idea è che lo Stato abbia un interesse legittimo a vietare il matrimonio gay sulla base del fatto che esso offende molti credenti .

Questa argomentazione presenta diversi problemi. Anzitutto, solleva una questione relativa al principio costituzionale che proibisce leggi che favoriscano una particolare confessione religiosa (establishment clause): perché, come abbiamo visto, le varie religioni hanno posizioni profondamente diverse rispetto ai matrimoni omosessuali, e lo Stato, seguendo questo ragionamento, prenderebbe le parti di un gruppo di credenti nei confronti di un altro. Più in generale, sono molte le cose che uno Stato moderno fa e che le persone disprezzano profondamente, spesso proprio su basi religiose. La scuola pubblica insegna cose che molti genitori religiosi aborriscono (come la teoria dell'evoluzione e l'eguaglianza delle donne) e molti genitori spesso optano per l'istruzione domestica per questo motivo. I regolamenti sanitari autorizzano i macellai a squartare i maiali per il consumo alimentare umano; gli ebrei che osservano le prescrizioni alimentari non si riconoscono in questa pratica, ma nessuno ritiene che gli ebrei abbiano il diritto di chiedere allo Stato di imporre la propria preferenza religiosa a tutti i cittadini. Gli amish del Vecchio ordine non vogliono che i propri figli frequentino la scuola pubblica dopo i quattordici anni, sostenendo che tale sistema di istruzione porterebbe alla disgregazione della comunità. Lo Stato rispetta questa scelta per i bambini amish e permette loro persino di essere esentati per motivi religiosi dal rispetto di alcune norme generali, ma nessuno si sognerebbe mai di pensare che gli amish abbiano il diritto di esigere che lo Stato renda la scuola pubblica inaccessibile a tutti i bambini dopo i quattordici anni. In una società pluralista che rispetta il principio di neutralità religiosa parte della vita è un atteggiamento del tipo «vivi e lascia vivere». Ogni volta che vediamo una nazione permettere l'imposizione di preferenze religiose alla totalità dei cittadini - come nel caso di alcune leggi dello Stato di Israele che limitano le attività durante il sabato, o delle leggi che vietano la macellazione delle vacche in India - ci troviamo davanti a una nazione con una costituzione religiosa, de jure o de facto. Abbiamo scelto di non seguire questa strada, e per ottimi motivi. Inoltre, quando scegliamo giorni feriali, festività, e così via secondo criteri che coincidono con le preferenze di

una maggioranza religiosa, ci sforziamo anche di essere sensibili alle difficoltà che questo potrebbe creare per alcune minoranze .

Una quarta argomentazione, che ancora una volta fa appello a un interesse pubblico legittimo, si concentra sulle difficoltà che il matrimonio tradizionale sembra attraversare nella nostra società. Citando i tassi di divorzio crescenti e i dati che dimostrano il danno causato ai bambini dalla mancanza di supporto dei genitori, alcuni sostengono che dovremmo difendere il matrimonio tradizionale, e non metterlo a repentaglio estendendo l'istituzione a chi non ha alcun interesse per i suoi scopi tradizionali. Potremmo cominciare col contestare questa caratterizzazione delle coppie omosessuali: un gran numero di queste coppie ha e cresce dei figli. Il matrimonio, per loro come per qualsiasi altra coppia di genitori, fornisce una chiara cornice di diritti e responsabilità, come anche sicurezza, legittimità e riconoscimento sociale per i figli. Di fatto poi gli stati che hanno legalizzato i matrimoni gay, Massachusetts e Connecticut, hanno tassi di divorzio tra i più bassi della nazione, e i dati sul Massachusetts mostrano che quei tassi non sono cresciuti in seguito alla legalizzazione .

Dovremmo anche pensarci bene prima di affermare che l'aumento dei tassi di divorzio costituisca un segno di degenerazione sociale. Nel passato le donne restavano all'interno del matrimonio, sopportando l'assenza e persino l'abuso dei mariti, perché non avevano competenze spendibili sul mercato e possibilità d'impiego. È evidente che uno dei fattori all'opera nel divorzio moderno è l'autonomia delle donne, e non dovremmo rammaricarci della libertà di scelta offerta dall'aumento delle opportunità. Dovremmo anche tenere in considerazione l'allungamento della vita media. In base ad alcuni calcoli, i matrimoni oggi non durano meno che in passato - è solo che le persone vivono molto più a lungo. Proprio come molti svolgono nel tempo diversi mestieri, allo stesso modo possono contrarre più di un matrimonio. Questo potrebbe non essere una cosa necessariamente negativa. L'arco della vita umana sta cambiando .

Ma ammettiamo pure, solo per ipotesi, che esista un problema sociale. Che dire, allora, dell'idea che legalizzare il matrimonio omosessuale metterebbe a repentaglio i tentativi di difendere o proteggere il matrimonio tradizionale? Se la società volesse davvero

difendere il matrimonio tradizionale, come sicuramente può e forse dovrebbe fare, vi sarebbero delle politiche da perseguire: congedo per motivi familiari e di salute; servizi di consulenza gratuiti per la dipendenza da droga e alcol; un sostegno cospicuo, nelle politiche sanitarie, alle terapie di coppia e ai trattamenti di salute mentale; leggi più severe contro la violenza domestica e una migliore applicazione di tali leggi; consulenza occupazionale e sostegno finanziario per le coppie in difficoltà durante i periodi di crisi economiche; e, ovviamente, una più rigida applicazione delle leggi sul mantenimento dei figli. Queste misure hanno un chiaro collegamento con gli stress e i problemi che il matrimonio tradizionale deve affrontare. Il divieto del matrimonio omosessuale invece no. Se analizzassimo tutti i recenti casi di divorzio tra le coppie eterosessuali, non credo troveremmo un solo caso in cui le parti in causa (o un osservatore imparziale) possano ritenere che il loro divorzio sia stato causato dall'accessibilità del matrimonio alle coppie omosessuali. Il divorzio è di solito una questione intima che ha a che fare con la natura della relazione coniugale. E non è neppure costoso legalizzare i matrimoni gay, per cui un tale cambiamento non competerebbe con gli altri che ho menzionato in termini di risorse .

Di solito chi si oppone ai matrimoni gay a questo punto fa una mossa ulteriore. Il semplice riconoscimento del matrimonio omosessuale su una base di parità con il matrimonio tradizionale screditerebbe quest'ultimo, ne sminuirebbe il valore. Ciò che si sta sostenendo, potremmo dire, è qualcosa del tipo: se le audizioni della Metropolitan Opera cominciassero a premiare cantanti pop come quelli che si esibiscono nello show televisivo *American Idol*, ciò corromperebbe l'intero mondo dell'opera. Analogamente, includere nella Hall of Fame giocatori di baseball che hanno conseguito i propri record violando le leggi antidoping corromperebbe la Hall of Fame, screditando i reali successi degli altri. Più in generale, il riconoscimento promiscuo di persone di basso livello o scarsa serietà che concorrono a un titolo infangherebbe il titolo stesso. Questo, credo, è il tipo di ragionamento che si fa quando si parla di «difesa del matrimonio» e si sostiene che il riconoscimento del matrimonio omosessuale corromperebbe o svilirebbe quello tradizionale e così via. Molte osservazioni di questo tenore sono state avanzate durante i dibattiti sul

Defense of Marriage Act, e durante la recente campagna in favore della Proposition 8 in California. Come dovremmo giudicare questi ragionamenti? Anzitutto, potremmo contestarli sulla base dei fatti. Le coppie omosessuali non sono paragonabili a cantanti di serie B o ad atleti disonesti - o almeno non più delle coppie eterosessuali. Vogliono sposarsi per motivi molto simili a quelli delle coppie eterosessuali: per esprimere il proprio amore e la propria dedizione, per ricevere un'investitura religiosa sulla propria unione, per ottenere un insieme di benefici civili... e, spesso, per avere o crescere dei figli. Il matrimonio tradizionale ha la sua buona dose di carogne, e ci sono anche carogne omosessuali. Ma l'esistenza di carogne tra gli eterosessuali non ha mai trattenuto lo Stato dallo sposarli. E la gente non parla o pensa in questo modo. Non ho mai sentito nessuno dire che la disponibilità dello Stato a sposare Britney Spears oppure O.J. Simpson sviscerava o inquinava il suo matrimonio. Eppure in qualche modo, pur senza sapere nulla del carattere o delle intenzioni della coppia omosessuale della porta accanto, alcuni pensano che il proprio matrimonio sarebbe disonorato dal riconoscimento pubblico di quell'unione.

Se la proposta fosse di limitare il matrimonio a persone meritevoli che hanno superato un esame della personalità, sarebbe almeno coerente, anche se pochi accetterebbero un regime così intrusivo. Ciò che appare evidente è che quanti sostengono questo argomento non si preoccupano di come eterosessuali immeritevoli o immorali potrebbero infangare l'istituzione del matrimonio o diminuirne il valore. Dato che non si preoccupano di questo, e che non vogliono concedere il matrimonio a gay e lesbiche che hanno dato prova di una personalità positiva, è difficile prendere questo argomento per buono. L'idea che le unioni omosessuali finiranno per svalutare il matrimonio tradizionale, pertanto, non può essere compresa se non spostandosi sul terreno del disgusto e della contaminazione. L'unica distinzione tra gli eterosessuali immeritevoli e l'insieme dei gay e delle lesbiche che possa spiegare la diversa reazione di molta gente è che le pratiche sessuali dei primi non disgustano la maggioranza, mentre quelle dei secondi sì. Il ragionamento, evidentemente, è quello per cui associare il matrimonio tradizionale ai comportamenti sessuali delle coppie dello stesso sesso significherebbe svilirlo o contaminarlo, proprio come mangiare cibo servito da un dalit in India era considerato da molti un atto che

contaminava il corpo della casta superiore. Nulla, se non un'idea arcaica di stigma e contaminazione, può spiegare il sentimento diffuso che il matrimonio gay possa svalutare e contaminare quello eterosessuale, mentre lo stesso non accadrebbe per il matrimonio tra eterosessuali immorali e peccaminosi .

Se chi sostiene questo argomento dovesse rispondere che il matrimonio tra due persone dello stesso sesso non può portare alla procreazione, e sarebbe perciò una sorta di finzione che insulta o prende in giro e quindi sminuisce il matrimonio vero - un argomento avanzato di frequente ci ritroveremmo esattamente nell'ambito della seconda motivazione. E dovremmo dire, anzitutto, che il matrimonio non ha mai richiesto la procreazione - neppure nella storia della Chiesa cattolica, che è sempre stata disposta a sposare coppie anziane sterili. Coloro che insistono così tanto sulla procreazione non si sentono sviliti o sminuiti o contaminati dalla presenza alla porta accanto di due settantenni di sesso opposto appena sposati, né dalla presenza di coppie eterosessuali che annuncino pubblicamente la propria intenzione di non avere figli. Non cercano di convincere i legislatori a rendere quei matrimoni illegali, e non pensano né dicono che quei matrimoni sono immorali o mettono a repentaglio i propri. Di conseguenza, il senso di minaccia o di svalutazione non può sinceramente essere spiegato con la questione dei figli ma, al contrario, attraverso altre, più fosche, idee .

Se andiamo alla ricerca di un precedente storico delle ansie associate al matrimonio gay, lo troviamo tra le pronunce in materia di unioni interrazziali. Al tempo di *Loving v. Virginia*, nel 1967, sedici stati vietavano e punivano il matrimonio interrazziale. In Virginia, un caso esemplare, tale matrimonio costituiva un reato punibile con la reclusione da uno a cinque anni. Come nel caso dei matrimoni omosessuali, l'opposizione alle unioni interrazziali si fondava su una varietà di argomenti, sia politici sia teologici. Con il senno di poi, tuttavia, possiamo vedere che alla base vi era il disgusto. Questo non era neppure dissimulato: l'idea della purezza razziale era proclamata con orgoglio (per esempio, nel *Racial Integrity Act* emanato nel 1924 in Virginia) e le idee su macchia e contaminazione erano estremamente diffuse. Se la gente si sentiva disgustata e contaminata al pensiero che un individuo di pelle nera avesse bevuto dalla stessa fontanella, o nuotato nella stessa piscina pubblica, o usato lo stesso bagno, o gli

stessi piatti e bicchieri - tutte idee molto diffuse nel Sud - non è difficile capire come il pensiero di un rapporto sessuale o di un matrimonio tra bianchi e neri evocasse un profondo senso di repulsione. La Corte Suprema concluse che queste idee sullo stigma razziale erano gli unici principi realmente alla base delle leggi razziali, qualunque fosse la loro giustificazione esplicita: «Non vi è evidentemente alcuno scopo legittimo prevalente, se non un'ingiusta discriminazione razziale, a giustificare tale classificazione».16 Dovremmo trarre la stessa conclusione rispetto al divieto del matrimonio gay: le idee irrazionali di stigma e contaminazione, la sorta di «ostilità» che la Corte riconobbe nel caso Romer, costituiscono un fattore determinante di quella proibizione. Questa era la riflessione della Corte Suprema del Connecticut quando nell'ottobre 2008 affermò: Oltre alla riprovazione morale, le persone omosessuali devono far fronte a un'omofobia virulenta che si basa su null'altro che sentimenti di repulsione nei confronti delle persone omosessuali e dei comportamenti sessuali intimi cui sono associate [...]. Tale pregiudizio viscerale si riflette nell'ampio numero di crimini motivati dall'odio [hate crimes] perpetrati contro le persone omosessuali [...]. La natura irrazionale del pregiudizio verso le persone omosessuali, «ridicolizzate, ostracizzate, disprezzate, demonizzate e condannate» esclusivamente per ciò che sono [...] è di tipo totalmente diverso dal pregiudizio subito da altri gruppi cui in precedenza è stato negato lo status di classe sospetta o quasi sospetta [...]. Tale fatto suggerisce un ulteriore motivo di dubitare che questo pregiudizio verrà presto eliminato, ed evidenzia il fatto innegabile che le persone omosessuali sono poste di fronte a speciali ostacoli alla propria integrazione sociale e politica.17 Abbiamo passato in rassegna le tesi contrarie ai matrimoni omosessuali. Non sembrano particolarmente convincenti. Non ne abbiamo trovata nessuna che potrebbe suggerire al governo un interesse di Stato prevalente, e sembra probabile, sulla base di Romer, che questi argomenti, motivati da ostilità, fallirebbero anche la prova del fondamento razionale .

L'argomento a favore del matrimonio gay è molto semplice: se due persone vogliono stringere un legame di tipo coniugale, dovrebbero essere autorizzate a farlo, ed escludere una classe di cittadini dai benefici e dalla dignità associati a quel legame significa umiliarli e offendere la loro dignità .

4. Che cos'è il «diritto di sposarsi»?

Nella nostra tradizione costituzionale si è parlato spesso di un «diritto di sposarsi».18 In *Loving v. Virginia*, il caso che ha portato all'abrogazione delle leggi contro le unioni interrazziali, la Corte definisce il matrimonio «uno dei diritti civili fondamentali dell'uomo». Un caso successivo, *Zablocki v. Redhail*, riconosce il diritto a sposarsi come un diritto fondamentale ai sensi del Quattordicesimo Emendamento in base al principio di eguaglianza; la Corte sostiene che «il diritto di sposarsi è di fondamentale importanza per ogni individuo», e prosegue osservando che «la decisione di sposarsi è stata posta sullo stesso piano di importanza delle decisioni sulla procreazione, la nascita dei figli, la loro educazione, e le relazioni familiari».19 Prima che i tribunali possano venire a capo della questione del matrimonio gay, devono cercare di determinare due cose: a) cosa significa «diritto al matrimonio»? E b) chi detiene tale diritto? Che cosa significa «diritto al matrimonio»? A un primo livello, significa semplicemente che se lo Stato decide di offrire un particolare insieme di benefici pubblici o civili sotto l'etichetta «matrimonio» e deve renderli disponibili in modo indiscriminato a tutti coloro che desiderano quello status (anche se quel «tutti» ha bisogno di ulteriori specificazioni). *Loving* riguardava l'esclusione delle coppie interrazziali dall'istituzione matrimoniale, *Zablocki*, analogamente, riguardava il tentativo dello Stato del Wisconsin di escludere dal matrimonio i genitori che non avessero mostrato di soddisfare i propri doveri di sostentamento dei figli. Un altro precedente significativo, *Skinner v. Oklahoma*, aveva abrogato una legge che imponeva la sterilizzazione forzata del «criminale recidivo», sostenendo che tale individuo, essendo escluso da «matrimonio e procreazione», sarebbe stato «privato per sempre di una libertà fondamentale».20 Un caso più recente, *Turner v. Safley*, ha dichiarato illegittimo il divieto del matrimonio per i detenuti delle carceri statali del Missouri.21 Tutti i casi principali, quindi, ruotano intorno alla negazione per un particolare gruppo di persone di un pacchetto istituzionale già accessibile ad altri.

È quindi il diritto a sposarsi un mero diritto a non essere discriminati? Se è così, lo Stato non è tenuto a offrire il matrimonio tout court. Ma una volta che lo rende disponibile, deve farlo in modo

imparziale. L'idea del matrimonio come diritto fondamentale, unita al fatto che la maggior parte di queste decisioni intreccia questioni di eguaglianza della legge con considerazioni sul giusto processo, suggerisce tuttavia che sia qualcos'altro a essere in discussione. Che cosa? Violerebbe la Costituzione uno Stato che decidesse di offrire solo unioni civili e si astenesse completamente dalla questione del matrimonio, lasciandolo ai corpi religiosi e privati? Nei termini delle nostre tre categorie, quindi, il «diritto di sposarsi» obbliga lo Stato a offrire una serie di vantaggi economici e civili alle persone sposate? Lo obbliga a conferire dignità e status a certe unioni attraverso l'uso del termine «matrimonio»? Gli impone di riconoscere o convalidare unioni approvate dai corpi religiosi? Chiaramente, la risposta alla terza domanda è, ed è sempre stata, «no». Molti matrimoni approvati dai corpi religiosi non sono ratificati dallo Stato, come il caso del matrimonio gay ci ha più volte dimostrato, e nessuno ha ritenuto opportuno sottoporre tali dinieghi a una verifica di costituzionalità. Ovviamente il diritto alla libertà dell'esercizio religioso non impone allo Stato di ratificare qualunque matrimonio sia riconosciuto da un corpo religioso.

È anche piuttosto evidente che il «diritto di sposarsi» non obbliga lo Stato a offrire alcun particolare pacchetto di benefici civili a coloro che si sposano. Questo è stato ripetutamente affermato nei casi riguardanti il diritto matrimoniale.

Dall'altra parte, tuttavia, è piuttosto evidente che il diritto in questione non è semplicemente il diritto a essere trattati come gli altri e a non essere discriminati in base all'appartenenza a un gruppo. Il diritto di sposarsi è spesso classificato tra le libertà personali fondamentali protette dal principio del giusto processo contenuto nel Quattordicesimo Emendamento. In *Meyer v. Nebraska*, per esempio, la Corte stabilisce che la libertà protetta da quel principio «senza dubbio alcuno [...] denota non solo la libertà dalla restrizione fisica, ma anche il diritto dell'individuo di stipulare contratti, intraprendere una delle comuni occupazioni della vita, acquisire conoscenze, sposarsi, mettere su casa e crescere dei figli, adorare Dio in accordo con i dettami della propria coscienza, e in generale godere di quei privilegi da tempo riconosciuti [...] come essenziali a una metodica ricerca della felicità da parte degli uomini liberi».22 Analogamente, *Loving* afferma che «la

libertà di sposare, o non sposare, una persona di un'altra razza appartiene all'individuo e non può essere violata dallo Stato», radicando tale conclusione nei principi del giusto processo e dell'eguaglianza della legge. Zablocki concede che «è possibile imporre legittimamente regole ragionevoli che non interferiscano in modo rilevante con la decisione di entrare in una relazione coniugale», ma conclude che la legge del Wisconsin si spinge troppo oltre, violando i diritti garantiti dal principio del giusto processo. Con motivazioni affini, *Turner v. Safley* stabilisce che la restrizione dei matrimoni tra detenuti viola il diritto alla privacy sancito dal principio del giusto processo. Significativamente, in quello stesso caso la Corte ha confermato una restrizione molto severa al diritto dei prigionieri alla corrispondenza garantito dal Primo Emendamento, per cui era chiaro che ciò che si stava affermando era lo status del matrimonio come una libertà fondamentale .

Che cosa significa la libertà garantita dal giusto processo in questo caso? La maggior parte delle cause legali riguarda i tentativi da parte dello Stato di proibire una certa classe di matrimoni. Questo tipo di interferenza dello Stato nel matrimonio è, evidentemente, incostituzionale sulla base dei principi del giusto processo e dell'eguaglianza. Perciò, se lo Stato vietasse a chiunque di sposarsi, questo sarebbe probabilmente incostituzionale .

È lecito supporre, in base a queste premesse, che anche la proibizione del divorzio, o una sua regolamentazione eccessivamente restrittiva, potrebbe essere sottoposta a controllo giurisdizionale di costituzionalità, e la Corte si sta muovendo cautamente in questa direzione. In *Boddie v. Connecticut*,²³ la Corte ha sostenuto che il principio del giusto processo vieta allo Stato di negare il divorzio agli indigenti sulla base della loro incapacità di pagare le spese procedurali. I giudici hanno argomentato la propria posizione facendo riferimento alle cause relative al «diritto di sposarsi», e hanno insistito che la «posizione fondamentale» del matrimonio nella nostra società, insieme al monopolio dello Stato sul divorzio, comportano l'incostituzionalità dell'impedimento economico alla possibilità di divorziare. In *Sosna v. Iowa*,²⁴ tuttavia, la Corte ha riconfermato i criteri di residenza stabiliti dallo Iowa, che erano stati impugnati sulla base sia del giusto processo sia dell'eguaglianza, in quanto esercizio ragionevole del potere statale .

In nessun caso, tuttavia, la Corte ha sostenuto che uno Stato debba conferire i vantaggi espressivi del matrimonio. Sembra non vi sia alcun ostacolo costituzionale alla decisione da parte di uno Stato di non occuparsi affatto degli aspetti espressivi e di passare a un regime di unioni civili o, spingendosi ancora oltre, a un regime di contratti di matrimonio privati, in cui lo Stato svolga lo stesso ruolo che gli compete in qualunque altra materia contrattuale .

Ancora una volta, la questione ruota intorno al tema dell'eguaglianza. Ciò che questi pareri affermano ripetutamente è che quando lo Stato rende disponibile una condizione sociale dotata sia di vantaggi civili sia di dignità espressiva, deve offrirla in modo imparziale. Questa posizione, che ho chiamato «minima», non è poi così minima se la si considera attentamente. Ai tempi di Loving, le leggi contro le unioni interrazziali erano in vigore in sedici stati. Il regolamento relativo ai detenuti discusso in Turner sembrava una componente del tutto ovvia del potere discrezionale delle guardie carcerarie .

In altre parole, il matrimonio è un fondamentale diritto di libertà degli individui, e per questo motivo implica una dimensione di eguaglianza: nessun gruppo di persone può essere tagliato fuori dal godimento di quel diritto fondamentale in assenza di qualche motivo preponderante. E come il voto: non esiste un diritto costituzionale al voto in quanto tale (alcuni incarichi possono essere attribuiti attraverso la nomina) ma, nel momento stesso in cui è offerta la possibilità di votare, poiché si tratta di un diritto fondamentale è incostituzionale escludere un gruppo di persone dal suo esercizio. A questo punto, quindi, la domanda diventa: chi ha questa/o libertà/eguale diritto di sposarsi? E quali motivi sono abbastanza forti da giustificare la negazione? Chi ha il diritto? Da un lato, sembra evidente che, in base alle leggi esistenti, se uno Stato riconosce il matrimonio non ha il dovere di estenderlo alle unioni poligame. Qualunque siano le nostre opinioni personali sulle questioni morali sollevate dalla poligamia, la nostra tradizione costituzionale ha ratificato una legge che rende la poligamia un reato, perciò è chiaro che al momento le unioni poligame non godono di eguale riconoscimento (le argomentazioni giuridiche contro la poligamia, tuttavia, sono estremamente deboli. L'interesse primario dello Stato abbastanza forte da giustificare questa restrizione

giuridica è un interesse all'eguaglianza dei sessi, che non sarebbe in contraddizione con un regime di poligamia estesa a entrambi i sessi) .

Anche le norme sulle unioni incestuose sono state tipicamente considerate un esercizio legittimo del potere statale, benché in quest'ambito gli interessi dello Stato siano stati definiti ancora una volta in modo molto vago. L'interesse a prevenire l'abuso sui minori giustificerebbe tale divieto nella maggior parte dei casi di incesto tra un genitore e un figlio, ma non è altrettanto chiara l'esistenza di un forte interesse statale a impedire il matrimonio tra fratelli e sorelle in età adulta (il rischio sanitario che questo implica non è superiore a quello di molte situazioni in cui il matrimonio è consentito). E tuttavia, è evidente che se una coppia formata da un fratello e una sorella impugnasse oggi questa restrizione sulla base del giusto processo o dell'eguaglianza, perderebbe, perché prevarrebbe il presunto interesse (sanitario) dello Stato a vietare tali unioni. (Gli stati differiscono enormemente nella definizione dell'incesto, e i cugini di primo grado che volessero sposarsi potrebbero decidere di trasferirsi in uno Stato dove è possibile, proprio come fanno ora le coppie omosessuali, con la differenza che il loro matrimonio nel nuovo Stato sarebbe automaticamente riconosciuto nello Stato di provenienza.)²⁵

Che cosa dovremmo pensare di questi casi? Dovremmo pensare che questi individui abbiano il diritto di sposarsi se lo vogliono, ma che lo Stato abbia un interesse prevalente in senso contrario? O dovremmo pensare che non abbiano affatto quel diritto, data la natura delle loro scelte? Io propendo per la prima ipotesi. In questa prospettiva, lo Stato deve dimostrare che la legge che vieta tali unioni è davvero giustificata da un forte interesse pubblico .

Dall'altro lato, è altrettanto chiaro che i diritti di libertà ed eguaglianza, che il diritto di sposarsi implica, non appartengono solo alle coppie in grado di procreare. *Turner v. Safley* riguardava i matrimoni tra detenuti, la maggior parte dei quali condannati a una lunga pena, e persone esterne - matrimoni che non potevano essere consumati. Il caso faceva leva sul supporto emotivo offerto dal matrimonio e sul suo significato spirituale e religioso. A un certo punto la Corte menzionò, come un elemento ulteriore, che il detenuto un giorno potrebbe essere rilasciato, e che di conseguenza il matrimonio potrebbe essere consumato, ma, chiaramente, non è questa la base

della deliberazione. Né esiste alcun caso che suggerisca che gli anziani o gli sterili non abbiano il diritto di sposarsi .

Il modo migliore di riassumere la tradizione sembra essere questo: tutti gli adulti hanno il diritto di scegliere chi sposare. Hanno questo diritto in virtù del valore emotivo e personale del matrimonio e del suo potenziale procreativo. Questo diritto è fondamentale ai fini del giusto processo, e presenta anche una dimensione di eguaglianza. Nessun gruppo di persone può essere escluso dal godimento di questo diritto in assenza di una ragione eccezionalmente forte da parte dello Stato. Sembra che il modo migliore di pensare ai casi di incesto e poligamia sia che in queste circostanze lo Stato può soddisfare il proprio onere dimostrando che considerazioni di natura politica prevalgono sul diritto individuale, benché non sia impossibile immaginare che questi giudizi possano cambiare nel corso del tempo. Cosa ne è, quindi, delle persone che vogliono sposarsi con qualcuno dello stesso sesso? 5. Massachusetts, Connecticut, California, Iowa: questioni giuridiche. Questo è il dilemma su cui i tribunali si stanno arrovellando. Nella situazione attuale, i tribunali di Massachusetts, California, Connecticut e Iowa hanno stabilito il dovere di estendere il matrimonio alle coppie omosessuali, benché la vittoria della Proposition 8 in California significhi che lì il matrimonio gay non è più consentito. Nel frattempo, il Maine e il New Hampshire hanno legalizzato il matrimonio gay attraverso un'iniziativa legislativa (in precedenza, la Corte Suprema delle Hawaii aveva stabilito che le coppie omosessuali dovevano potersi sposare, ma un emendamento costituzionale ha ribaltato quella decisione). Sia la California che il Connecticut avevano già stabilito per via legislativa un regime di unioni civili che conferisce tutti i privilegi e i benefici del matrimonio (almeno in materie di pertinenza dello Stato), per cui è stata la questione espressiva a occupare il centro del dibattito .

Benché le legislazioni del Maine e del New Hampshire siano di cruciale rilevanza, poiché dimostrano che è possibile che la maggioranza democratica supporti il matrimonio gay, d'ora in poi ci concentreremo sulle decisioni delle corti di Massachusetts, Connecticut, California e Iowa, dal momento che ci stiamo occupando di diritto costituzionale. Tutte e quattro le corti hanno dovuto rispondere a quattro domande (facendo riferimento non solo alla legge costituzionale federale, ma anche al testo e alla tradizione delle rispettive costituzioni

statali): anzitutto, sono sufficienti le unioni civili, o lo status matrimoniale è imposto dalla costituzione? Secondo, la questione riguarda il giusto processo, l'eguaglianza, o una combinazione dei due? Terzo, nel valutare il peso di questo diritto putativo rispetto alle rivendicazioni contrarie dell'interesse di Stato, l'orientamento sessuale costituisce una classificazione sospetta ai fini del principio costituzionale di eguaglianza? In altre parole, nel proibire tali unioni lo Stato deve dimostrare esclusivamente il fondamento razionale della legge o un interesse di Stato prevalente? Quarto, quali tipi di interesse potrebbero rientrare in questa categoria? I quattro stati hanno dato risposte diverse a queste domande, ma esiste un'ampia base di accordo. Tutti concordano che, nel modo in cui è praticato oggi, il matrimonio sia uno status dotato di una forte componente di dignità pubblica, a causa di questo status speciale, esso è imprescindibile per l'autodefinizione, l'autonomia, e la ricerca della felicità dell'individuo. Il diritto di sposarsi non obbliga gli stati a offrire un particolare pacchetto di benefici, ma li obbliga a «proteggere gli elementi costitutivi della relazione familiare da alcuni tipi di interferenza impropria da parte di altri».26 Il diritto non appartiene solo alle coppie in grado di procreare (la Corte del Massachusetts rileva, per esempio, che le persone prossime a morire possono comunque sposarsi) .

Per tutte queste ragioni espressive, sembra che le unioni civili possiedano in qualche modo uno status di seconda classe, privo della solennità e del riconoscimento tipici del matrimonio. È la differenza di status - specialmente se considerata nell'ambito delle discriminazioni subite da gay e lesbiche - a rendere problematici da un punto di vista costituzionale i regimi «separati-ma-cosiddetti-uguali» della California e del Massachusetts. Nei termini della Corte della California, il diritto in questione non è il diritto a una particolare denominazione; è il diritto a «vedere riconosciuta alla propria relazione familiare la stessa dignità e il medesimo rispetto accordati ad altre famiglie ufficialmente riconosciute». Massachusetts, California e Connecticut hanno fatto riferimento ai casi contro le unioni interrazziali per argomentare questo punto (l'Iowa ha invece insistito sulla forte opposizione storica dei cittadini dello Stato a qualunque forma di iniquità giuridica). La Corte della California ha fatto notare che se gli stati contrari alle unioni interrazziali avessero creato una categoria a parte chiamata «unione

interrazziale», continuando a negare alle coppie miste lo status del «matrimonio», questa non sarebbe stata, com'è evidente, una soluzione accettabile .

Tre delle quattro corti invocano sia il principio del giusto processo, sia quello dell'eguaglianza (l'Iowa menziona brevemente la libertà, ma l'analisi si concentra solo sull'eguaglianza). La Corte del Massachusetts nota che le due garanzie spesso «si sovrappongono, come in questo caso». Tutti concordano sul fatto che il diritto a sposarsi sia un diritto di libertà individuale che implica anche una dimensione di eguaglianza: un gruppo di persone non può essere escluso dal godimento di quel diritto senza una forte giustificazione da parte del governo .

Quanto forte? Qui gli stati divergono. La Corte del Massachusetts sostiene che la negazione del matrimonio gay fallisce persino il test del fondamento razionale. Nel giungere a tale conclusione, considera una varietà di motivazioni, ma conclude che queste sono così in contraddizione con le pratiche correnti (per esempio, l'argomento del matrimonio a fini procreativi è chiaramente smentito dal modo in cui il matrimonio è di fatto amministrato) o così nebulosi (come l'affermazione che il matrimonio gay finirà per «sminuire o distruggere» il matrimonio eterosessuale) da non essere neppure all'altezza di uno standard minimo di accettabilità .

Le corti della California, del Connecticut e dell'Iowa, al contrario, sostengono che l'orientamento sessuale è una classificazione sospetta. Le corti del Connecticut e dell'Iowa, che hanno tradizionalmente riconosciuto tre distinti livelli di sindacato rispetto al principio costituzionale di eguaglianza, hanno stabilito che le classificazioni relative all'orientamento sessuale, come quelle riguardanti il genere, richiedono uno standard intermedio (a differenza delle classificazioni riguardanti la razza, che richiedono uno standard rafforzato). La Corte della California, che ha avuto tradizionalmente solo due livelli di controllo giurisdizionale, ha stabilito che l'orientamento sessuale richiede uno standard intermedio, anche in questo caso equiparando l'orientamento sessuale al genere .

In tutto questo, la California e il Connecticut contestano esplicitamente la tesi che la discriminazione in base all'orientamento sessuale vada meglio intesa come discriminazione in base al sesso. Insieme all'Iowa, i due stati argomentano a favore della tesi sostenuta

nel quarto capitolo, vale a dire che l'orientamento sessuale costituisca di per sé una classificazione sospetta.²⁷ In entrambi i casi, le analisi dei criteri di definizione della classificazione sospetta sono molto elaborate - e segnalano di fatto un avanzamento del dibattito interno alla Corte Suprema in materia. La conclusione raggiunta è la stessa: i criteri fondamentali per una classificazione sospetta sono una storia di discriminazione e la non rilevanza delle caratteristiche della classe per le funzioni sociali. La mancanza di potere politico è rilevante solo nel contesto di una storia di discriminazione, e fondamentalmente significa che il gruppo non ha ancora fatto progressi tali da permetterci di pensare che il processo democratico lo tratterà in modo equo. L'immutabilità delle caratteristiche è rilevante solo nella misura in cui dimostra che l'aspetto in questione non è necessario allo svolgimento di varie funzioni e, come la Corte dell'Iowa aggiunge opportunamente, in quanto accenna all'idea che tale caratteristica sia una componente profonda dell'identità e dell'autopercezione degli individui, per cui è irragionevole chiedere loro di cambiarla .

Una sezione sorprendente della sentenza della Corte del Connecticut riguarda la forma irrazionale e particolarmente perversa del pregiudizio contro i gay e le lesbiche. Nel passaggio che ho citato alla fine del terzo paragrafo (p. 181) la Corte riconosce la politica del disgusto, concludendo che questa repulsione è così potente da far pensare che i processi democratici non siano assolutamente in grado di affrontare le rivendicazioni delle coppie omosessuali in modo equo. Solo i gruppi razziali e religiosi, conclude, sono stati vittime di un odio altrettanto violento., Quali sono gli interessi dello Stato sull'altro piatto della bilancia? Le pronunce dei giudici della California, del Connecticut e dell'Iowa esaminano attentamente i principali contendenti, concludendo che nessuno di essi raggiunge il livello di un interesse prevalente. La salvaguardia della tradizione non può costituire di per sé un tale interesse: come scrive la Corte del Connecticut, «la giustificazione della "tradizione" non spiega la classificazione, si limita a ribadirla». Né d'altra parte può la discriminazione essere giustificata semplicemente sulla base di una ferma convinzione dei legislatori in proposito. Nessuna delle altre considerazioni di policy (quelle consuete che abbiamo già identificato) appare sufficientemente forte .

Questi pareri non convinceranno nessuno. Né coloro che ne approvano le conclusioni, o anche solo il ragionamento, concorderanno tutti sull'opportunità che siano i tribunali a dirimere tale questione, piuttosto che le maggioranze democratiche. Ma questi pareri, credo, dovrebbero convincere le persone ragionevoli del fatto che il diritto costituzionale, e quindi i tribunali, abbiano un ruolo legittimo da svolgere in quest'ambito così controverso, in determinate occasioni. Il ragionamento che informa questi pareri è rispettoso delle diverse posizioni, dettagliato ed elaborato (in realtà la straordinaria lunghezza delle sentenze rivela gli sforzi immani dei giudici per tenere conto delle argomentazioni dell'opposizione). In termini di ragionamento giuridico, è molto ben costruito. In questo processo i pareri delle Corti, ricche di esempi di pregiudizio, forniscono buoni motivi per ritenere che non esistano ancora garanzie che le maggioranze democratiche siano in grado di mettere da parte la propria mentalità bigotta per affrontare la questione in modo imparziale. Questo è esattamente il tipo di situazioni in cui i giudici hanno un ruolo legittimo da svolgere, prendendo le difese di minoranze che non hanno visto i propri diritti fondamentali equamente rappresentati nella vita pubblica della maggioranza .

Un aspetto rilevante della sentenza dell'Iowa è la sua sensibilità alla messa in discussione dell'autorità giudiziaria. La legge che la Corte sta dichiarando incostituzionale era stata approvata piuttosto recentemente, nel 1998. In tal senso aveva forti credenziali democratiche. Nel corso dell'intera pronuncia, tuttavia, la Corte pone l'accento su aspetti più generali della storia dell'Iowa che testimoniano di una preoccupazione per l'eguaglianza anche quando la minoranza in questione era impopolare. I giudici ricordano ai lettori che nel primo caso ufficiale della Corte Suprema dell'Iowa «rifiutammo di trattare un essere umano come una proprietà dando attuazione a un contratto di schiavitù», e questo diciassette anni prima della famigerata decisione del caso Dred Scott, in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti confermò il diritto a trattare una persona come mera proprietà. L'Iowa fu anche il primo Stato dell'Unione ad ammettere una donna alla pratica dell'avvocatura - nel 1869, quattro anni prima che la Corte Suprema degli Stati Uniti confermasse una legge dell'Illinois che precludeva alle donne tale pratica. «In ciascuna di queste circostanze, il nostro Stato si trovava di fronte a un bivio nella strada verso la realizzazione degli

ideali della nostra Costituzione, e ha riaffermato l'"assoluta eguaglianza" di tutti gli individui di fronte alla legge come "il vero principio fondativo del nostro governo".» Il caso ora in discussione è quindi paragonato a quella sequenza illustre. Ciò che la Corte sta suggerendo è che le decisioni dei tribunali dell'Iowa, benché controverse (probabilmente anche nell'Iowa stesso) al tempo, appaiono oggi giuste, coraggiose e all'avanguardia rispetto al resto della nazione. Il messaggio è chiaramente il seguente: guardate come queste decisioni coraggiose della Corte vi danno qualcosa di cui essere orgogliosi in quanto cittadini dell'Iowa. Lasciateci mettere ancora una volta l'Iowa alla testa del progresso della nazione verso l'eguaglianza .

La questione del matrimonio gay rappresenta una buona opportunità per la politica federale, almeno in certa misura. Benché sollevi questioni fondamentali di libertà e dignità personale, e costituisca quindi in linea di principio un'occasione propizia per un giudizio radicale da parte della Corte Suprema come Loving, non si può dubitare che al momento una tale decisione politicizzerebbe la Corte e polarizzerebbe l'opinione pubblica. L'esistenza del matrimonio gay nel corso del tempo sta dimostrando e continuerà a dimostrare che le obiezioni principali sono nell'errore: nulla di nuovo e terribile accadrà agli eterosessuali, che continueranno certamente a incontrare gli stessi problemi coniugali di sempre. I bambini continueranno a essere a rischio, ma diventerà chiaro che il rischio deriva dall'inadeguata assistenza sanitaria e dal carente sostegno economico, non dalla coppia gay della porta accanto. Man mano che alcuni stati sperimenteranno il matrimonio gay, altri tenteranno la strada delle unioni civili, e altri ancora riconosceranno i matrimoni gay legittimamente contratti altrove, la gente diventerà sempre più familiare con l'istituzione, e le preferenze democratiche molto probabilmente cambieranno. Niente di tutto questo avrebbe avuto inizio, tuttavia, se le corti di almeno alcuni stati non avessero osato leggere le proprie costituzioni con occhio coraggioso e privo di pregiudizi .

6. Il futuro del matrimonio

A cosa dovremmo rivolgere le nostre speranze e i nostri sforzi in vista di un futuro più giusto per le famiglie nella nostra società? Il governo deve continuare a celebrare matrimoni? Deve abbandonare la dimensione espressiva e offrire semplicemente pacchetti legati alle unioni civili? O deve forse astenersi interamente dai pacchetti di benefici, in favore di un regime di benefici ad hoc e contratti privati? Queste domande, la zona d'ombra di ogni dibattito costituzionale, ci impongono di identificare i diritti e gli interessi fondamentali che richiedono la tutela dello Stato e di pensare a come proteggerli senza violare in modo inaccettabile l'eguaglianza o la libertà individuale. La nostra analisi delle questioni costituzionali non offre risposte specifiche a queste domande, ma restringe la gamma delle possibilità che dobbiamo prendere in considerazione.

Molte ipotesi richiedono una seria riflessione, da una versione più inclusiva del matrimonio esistente a un regime di contratti privati provvisti di un insieme di tutele governative per i bambini e gli anziani a carico. Se organizzate in modo da tutelare i diritti all'eguale accesso e al giusto processo che abbiamo individuato, entrambe queste soluzioni sembrerebbero poter passare il sindacato costituzionale - anche se sarebbe ovviamente incostituzionale per uno Stato eliminare il matrimonio e sostituirlo con un regime universale di unioni civili al solo scopo di evitare di riconoscere i matrimoni gay (analogamente al modo in cui, nel Sud, si tentò di chiudere le scuole pubbliche e le piscine per evitare di doverle desegregare). La scelta tra le diverse opzioni sarà determinata da considerazioni di opportunità politica piuttosto che di diritto costituzionale.

Una questione fondamentale dovrà essere se lo Stato debba continuare a rendere disponibile un insieme di benefici simili a quelli offerti dall'istituzione attuale del matrimonio, o se quei benefici debbano essere disaggregati e connessi a una varietà di relazioni diverse (le persone che vivono insieme potrebbero non essere partner sessuali e i partner sessuali legati da una relazione potrebbero mantenere finanze distinte). La nostra analisi suggerisce che il diritto costituzionale non impone allo Stato di offrire alcun insieme particolare di benefici. L'approccio disaggregante potrebbe passare il vaglio costituzionale a patto che tanto l'eguaglianza di accesso quanto la libertà garantita dal giusto processo siano sufficientemente tutelate.

Credo che ci siano diversi motivi per optare per un ripensamento in direzione di una disaggregazione dei benefici, in considerazione sia degli interessi che hanno bisogno di tutela, sia dei diversi gruppi che potrebbero ricevere dei diritti. Le ragioni per tale conclusione, tuttavia, ci porterebbero ben al di là del tema che stiamo affrontando .

E che dire del termine «matrimonio»? Oggi è molto controverso ed è anche sfuggente nel suo significato (se implica dignità, perché lo accordiamo così facilmente agli eterosessuali? Se non implica dignità, perché le persone sono così infastidite dall'idea che possa essere attribuito alle coppie dello stesso sesso?). Sarebbe una buona soluzione se lo Stato si astenesse dalla dimensione espressiva *tout court*, offrendo unioni civili alle coppie sia eterosessuali che omosessuali? La nostra analisi suggerisce che la Costituzione non impone allo Stato di usare una specifica denominazione piuttosto che un'altra, benché gli imponga di proteggere la (eguale) libertà delle persone di mettere su famiglia. Personalmente sono a favore dell'ipotesi di lasciare le unioni civili allo Stato e il matrimonio ai corpi religiosi e ad altri enti privati, ma argomentare questa posizione mi porterebbe oltre il nostro tema giuridico. Ciò che è certo è che lo Stato non può smettere di celebrare matrimoni solo per evitare di sposare coppie dello stesso sesso .

Queste importanti questioni di policy travalicano i confini di questo lavoro. Per affrontarle correttamente, tuttavia, dobbiamo comprendere i vincoli imposti dalla Costituzione, e si tratta di confini precisi che non sono stati ancora sufficientemente riconosciuti. Abbiamo anche bisogno dello stesso tipo di controllo indefesso della storia, dei valori e degli obiettivi che possiamo trovare nei migliori esempi di ragionamento costituzionale in quest'ambito .

Il futuro del matrimonio appare, per certi versi, molto simile al suo passato. Le persone continueranno a unirsi, formare famiglie, avere figli e, talvolta, a separarsi. Ciò che la Costituzione impone, tuttavia, è che qualunque cosa lo Stato decida di fare in proposito, debba essere fatta su una base di eguaglianza. Il governo non può escludere un gruppo di cittadini dai benefici civili o dal valore espressivo del matrimonio in assenza di un interesse pubblico prevalente. La piena inclusione delle coppie omosessuali costituisce in un certo senso un cambiamento enorme, proprio come fu un cambiamento enorme il riconoscimento ufficiale del matrimonio interrazziale, e come furono

cambiamenti enormi la piena inclusione delle donne e quella degli afroamericani come cittadini ed elettori. D'altra parte, il modo migliore di intendere queste trasformazioni è come pura realizzazione della promessa contenuta nelle nostre garanzie costituzionali. Dovremmo vedere questo cambiamento ulteriore allo stesso modo. La politica dell'umanità ci richiede di smettere di considerare il matrimonio omosessuale come una fonte di corruzione o contaminazione del matrimonio tradizionale e, invece, di comprendere le aspirazioni umane di coloro che vogliono sposarsi e le somiglianze tra ciò che essi desiderano e ciò che le persone eterosessuali desiderano. Se seguiamo questa linea di pensiero, la negazione del diritto dovrebbe apparirci simile all'opposizione nei confronti delle unioni interrazziali: un'esclusione che non è più possibile tollerare in una società che intenda garantire eguale rispetto ed eguale giustizia per tutti .

6.

Proteggere l'intimità:
sex club, sesso in pubblico, scelte rischiose

L'attività dei sex club contribuisce alla diffusione di malattie sessualmente trasmissibili ed è «contraria alla salute, alla sicurezza, al benessere e ai principi morali degli abitanti della città di Phoenix», e costituisce «di per sé un disturbo dell'ordine pubblico». [...] Il memorandum della polizia esprime anche preoccupazioni relative alle condizioni igieniche, facendo notare che «esiste la possibilità di un contatto involontario con diversi fluidi corporei tra cui saliva, sperma, sangue e materiale fecale» .

Mutscbler v. Phoenix, Corte d'appello dell'Arizona, 2006

La proposizione «il Primo Emendamento impedisce allo stato dell'Indiana di prescrivere che le ballerine di striptease si coprano i capezzoli» è ridicola. Essa colpisce i giudici come ridicola in parte perché molti di noi sono uomini di mezz'età o anziani, in parte perché tendiamo a essere altezzosi riguardo la cultura popolare, [...] e in parte perché siamo americani - il che significa che siamo cresciuti in una cultura nella quale puritanesimo, filisteismo e promiscuità sono intrecciati in modo complesso e spesso bizzarro .

GIUDICE RICHARD POSNER, opinione concordante in Miller et al. v. Civil City of South Bend, 1990

1. Disgusto vivo e vegeto

Il sesso è sempre oggetto di ansia sociale, ma il sesso in contesti di gruppo ha suscitato timori particolari in diversi luoghi e momenti

storici, alimentando paure di contagio e contaminazione che si radicano in una politica del disgusto più che in una valutazione razionale del danno. La commedia di Shakespeare *Misura per misura*, scritta durante l'epidemia di peste a Londra - che condusse alla chiusura dei teatri nel 1603 - collega sottilmente la prostituzione con la diffusione della peste e la chiusura dei luoghi di commercio sessuale con il ristabilimento della salute pubblica. Tale è l'efficacia del regime immaginario descritto in quell'opera teatrale nel collegare il sesso con immagini di malattia che persino Claudio, il quale intrattiene una relazione extraconiugale con una donna che ama e con la quale è di fatto fidanzato, concepisce le proprie pratiche sessuali come pericolose e disgustose. Egli descrive i desideri sessuali degli individui, compresi i propri, come «topi che trangugiano il loro veleno» e aggiunge «le nostre inclinazioni perseguono un male assetante, e quando beviamo, moriamo». Il ruffiano Lucio, al contrario, usa metafore positive per la sessualità, immagini di fertilità e crescita: ma egli è destinato a essere soppresso, perdendo ogni sostentamento, poiché il suo atteggiamento positivo verso la sessualità è parte della malattia che il regime è determinato a combattere.

Analogamente, oggi noi temiamo una pestilenza: l'Hiv/Aids e in misura minore altre malattie sessualmente trasmesse. Ancora una volta i sex club sono oggetto di preoccupazione pubblica. L'idea di una «minaccia alla salute pubblica» è stata utilizzata cospicuamente per giustificare la chiusura di attività commerciali legate al sesso che vanno dalle librerie per adulti ai club per scambisti e alle saune gay, e per imporre restrizioni ad altre ancora (richiedendo per esempio che le ballerine dei club di striptease coprano i capezzoli e l'area pubica, o imponendo gravose regolamentazioni per le licenze e controlli dei precedenti per tutti gli impiegati).

Quando Paul Cameron usava una retorica che collegava il sesso gay a rischi sanitari, potevamo vedere che si trattava in realtà di un appello al disgusto e all'ansia primordiale verso i fluidi corporei. Ma abbiamo anche visto che queste tattiche estreme non esercitano più grande influenza sul dibattito relativo al comportamento consensuale nella sfera domestica. In quel contesto, la politica del disgusto è avviata al tramonto. Nel dibattito sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, la politica del disgusto si cela sotto la superficie ma è ben occultata da

argomentazioni diverse, sebbene inadeguate. Il presente capitolo illustrerà come, di converso, la politica del disgusto è viva e vegeta, e del tutto attiva nelle controversie legali e politiche relative alle attività commerciali legate al sesso, alle saune gay e ad altre situazioni simili: luoghi non assimilabili alla casa dove adulti consenzienti si incontrano per svolgere attività sessuali o assistere a performance erotiche .

Diverse questioni giuridiche sono qui implicate: la definizione di turbativa della quiete pubblica (la quale ha un aspetto costituzionale poiché è rilevante per decidere se i titolari di attività commerciali legate al sesso debbano ricevere un indennizzo per «espropriazione», quando vengono chiuse); la portata della libertà di parola protetta dal Primo Emendamento; l'adeguata comprensione del diritto alla privacy tutelato nel caso Lawrence-, e più in generale, i limiti della legge nel disciplinare il comportamento consensuale tra adulti. Non tutti questi temi hanno rilevanza costituzionale, ma essi sono così intrecciati che le questioni costituzionali non possono essere trattate adeguatamente senza una ricognizione dell'intero problema .

Tali questioni non riguardano soltanto attori dello stesso sesso, e qui esamineremo soprattutto casi relativi a club per scambisti eterosessuali, sadomasochisti, e dove si svolgono striptease. Tuttavia, persone dello stesso sesso devono affrontare livelli più elevati di sorveglianza e ansia da disgusto, come rivela l'intensa preoccupazione per le saune gay. Poiché il comportamento gay maschile in particolare è stato ipersessualizzato nell'immaginario pubblico - nel quale è descritto come uno stile di vita che enfatizza la promiscuità sessuale - è facile collegare gli uomini gay con la malattia e la contaminazione concentrandosi su contesti (saune, librerie per adulti, bagni) nei quali hanno luogo rapporti sessuali casuali, per poi stigmatizzare l'intera comunità associandola all'immagine terrificante di questi posti come luoghi di malattia. La stigmatizzazione dei club per scambisti e simili, al contrario, non è connessa a una diffusa discriminazione nei confronti dell'intero gruppo degli eterosessuali. Sebbene tutti gli adulti patiscano un deficit di libertà in quest'area, per gli uomini gay è anche una questione di discriminazione. Non è fuori luogo per i gay pensare di non poter godere di una piena eguaglianza sociale nella misura in cui crociate moralistiche dettate dal panico contro le saune e i sex club maschili informano la maggior parte delle politiche sociali .

Allo stesso tempo, a causa di una storia di stigmatizzazione i sex club e le attività commerciali per adulti hanno assunto una considerevole importanza tanto per i gay come per le lesbiche in quanto luoghi di attività sociale protetta. Dal momento che fino a tempi molto recenti i gay che cercassero apertamente il sesso ed esprimessero il proprio desiderio nella vasta gamma di luoghi dove gli eterosessuali potevano farlo apertamente erano perseguitati o persino arrestati, bar gay e altri locali gay-friendly sono diventati fondamentali nell'autodefinizione sociale tanto dei gay quanto delle lesbiche e nell'evoluzione dello stesso movimento gay. In virtù di questa storia gli attacchi contro i sex club e i locali per adulti assumono per gli omosessuali una centralità che non hanno per gli etero .

In questo contesto vediamo la politica del disgusto esprimersi in una forma particolarmente abietta, in quanto viola la libertà di associazione ed espressione e l'eguaglianza dei cittadini. La politica del disgusto di Devlin gioca qui un ruolo fondamentale, mentre la politica del danno di Mill svolge un ruolo secondario e contraddittorio. Spesso, inoltre, argomentazioni all'apparenza milliane sono così inconsistenti da essere semplici maschere per argomentazioni basate sul disgusto. L'introduzione dell'appello al disgusto attiva un cortocircuito nella ricerca di ragioni che siano capaci di reggere a un controllo giurisdizionale razionale. Analizzeremo il modo in cui la politica del disgusto ha confuso i meccanismi legali del concetto di «turbativa» e ci chiederemo se e in che modo i principi di diritto costituzionale che abbiamo esaminato possano aiutarci a riflettere ulteriormente su questi problemi. Al contempo vedremo come la pervasiva confusione del nostro sistema giuridico rispetto ai concetti di «privato» e «pubblico» generi danni ulteriori .

2. Chiarire i concetti: danno, turbativa, privacy

Nell'esaminare la distinzione di Mill tra condotta rivolta al sé e condotta rivolta all'altro, abbiamo considerato tre diverse tipologie di attività. La prima tipologia causa, o minaccia di causare in modo imminente, un danno a un altro; questo genere di condotta è incontrovertibilmente candidato alla regolamentazione giuridica.¹ La

seconda tipologia di attività produce quella che abbiamo definito un'offesa diretta il cui carattere è simile al danno: qualcosa di offensivo viola le attività di persone non consenzienti in un modo che mette a repentaglio il loro pieno godimento della vita. La terza tipologia non ha alcun impatto diretto sulla vita delle persone non consenzienti (è rivolta al sé nel senso indicato da Mill), sebbene alcune di esse possano sentirsi sconvolte o disgustate anche solo al pensiero che tali attività abbiano luogo. Secondo Mill, questo tipo di attività non è un oggetto idoneo alla regolamentazione. La nostra analisi delle leggi antisodomia concorda con l'ipotesi di Mill. Nonostante la nostra tradizione costituzionale non abbia mai accettato in pieno il principio di Mill, essa accetta qualcosa di simile in alcune aree privilegiate dell'associazione intima .

La seconda tipologia è quella più problematica e dobbiamo ora analizzarla più in dettaglio, perché il confine tra la seconda e la terza tipologia di attività viene spesso confuso nel dibattito giuridico sui sex club e il sesso «in pubblico». Azioni che rientrano propriamente nella nostra terza categoria sono spesso rappresentate come se appartenessero alla seconda (potenzialmente regolabile), attraverso un uso equivoco della nozione legale di turbativa. Rivolgiamoci allora alla tradizionale disciplina giuridica della turbativa .

La disciplina legale relativa alla turbativa protegge le persone da qualcosa di offensivo o pericoloso che interferisce con il pieno godimento delle loro attività o della loro proprietà. La massima spesso citata è *sic utere tuo ut alienum non laedas*, «usa ciò che è tuo in modo da non ledere ciò che è di un altro». In altri termini, la turbativa è un tipo di danno. Sebbene essa possa essere disgustosa anziché violenta, fa qualcosa che danneggia il destinatario. Questa, in sintesi, è la nostra seconda categoria .

Il classico precedente, citato praticamente in tutti i casi moderni sulla turbativa, è il caso *Aldred*, il quale afferma che un individuo «non ha il diritto di mantenere sulla propria terra una struttura che, a ragione di odori disgustosi, rumori molesti o inusuali, fumo denso, esalazioni nocive, stridio di macchinari, o ingiustificabile presenza di mosche, renda il dimorare nella proprietà adiacente pericoloso, intollerabile, o anche solo scomodo ai suoi occupanti». Tutti gli esempi nominati riguardano qualcosa che provenendo dalla proprietà della persona A si dirige verso la proprietà della persona B: una sostanza discernibile

(mosche, fumo, esalazioni), oppure onde sonore e odori che non siano solo immaginari o teorici, ma presenze reali che esercitano un effetto causale su B.² In altri termini, non stiamo parlando qui della nostra terza categoria, dove B è turbato e disgustato soltanto perché A sta facendo sulla sua proprietà qualcosa che a B non piace. Affinché sia presente una turbativa, tipicamente devono essere soddisfatte tre condizioni: a) causazione: A ha causato un evento negativo per B o per la sua proprietà; b) imposizione-. B non acconsente - la turbativa è un'inflizione involontaria; c) oggetti primari-, nella misura in cui è coinvolto il disgusto, la turbativa implica che esso sia rivolto verso oggetti primari (cattivi odori ecc.), spesso associati a un pericolo attuale («esalazioni nocive»).

I casi della tradizione moderna seguono questa direzione. Molti riguardano diritti sull'acqua: il vicino A non può contaminare l'acqua che scorre sulla terra di B. La giurisprudenza chiarisce che una forte disgustosità sensoriale è sufficiente a costituire una turbativa.³ Così, gli odori generati da un allevamento di suini situato in una zona residenziale può produrre disturbo anche se gli odori non sono nocivi per la salute.⁴ Analogamente, uno scarico di liquami nei pressi di un caseificio è stato considerato una turbativa anche se non si era dimostrato che le acque reflue avessero effettivamente danneggiato il bestiame.⁵ Rispetto a questi casi è molto importante notare che le nostre tre condizioni essenziali sono soddisfatte: la turbativa proviene da una sostanza fisica che ha effetti sul destinatario; la vittima non acconsente; e il disgusto in questione è rivolto a oggetti primari, ovvero non è semplicemente un disgusto proiettivo (nel quale, per esempio, una certa classe di persone o attività è ritenuta sporca o contaminante). Una citazione frequente, che include ciascuna di queste tre condizioni, è un testo sulla turbativa di Horace Gay Wood del 1875:⁶ Ma in riferimento a [i diritti sull'acqua], come con l'aria, non è qualsiasi interferenza con l'acqua che trasmetta impurità a essere azionabile, ma solo quelle che trasmettano all'acqua tali impurità da pregiudicarne sostanzialmente il valore per gli usi ordinari della vita, e da renderla in modo misurabile inadatta agli usi domestici; o tali da causare il levarsi dall'acqua di vapori malsani o ripugnanti, così pregiudicando il confortevole o benefico godimento della proprietà nelle sue vicinanze; o tali che, sebbene non producano alcun effetto sensibile sull'acqua,

siano tuttavia premeditate per disgustare i sensi, come il deposito di carcasse di animali, o la costruzione di latrine su un ruscello, o qualsiasi altro uso premeditato per generare nausea o disgusto in coloro che utilizzano l'acqua per le ordinarie esigenze della vita, o tale da pregiudicarne il valore per uso produttivo.⁷ Questa è la nozione prevalente della turbativa privata. La legge riconosce anche una categoria di turbativa pubblica, che costituisce fondamentalmente l'estensione della nozione di turbativa privata ai casi nei quali l'impatto si estenda al pubblico in generale.⁸ Nel terzo capitolo abbiamo concesso che l'atto di defecare o urinare in pubblico può costituire una turbativa per i presenti, e potremmo estendere questo argomento alle pratiche sessuali in pubblico che comportino l'atto di defecare e urinare. Altre attività sessuali sono più difficili da sussumere nella categoria di turbativa, ma abbiamo ammesso che la masturbazione e il sesso in pubblico possano esservi ricompresi. Le secrezioni sessuali sono tra gli oggetti primari del disgusto; in molti casi queste immagini e questi odori sono imposti agli astanti indipendentemente dalla loro volontà, e costituiscono una reale presenza fisica che invade il loro mondo e non un semplice danno costruito. Inoltre, molte persone ritengono che assistere a queste attività procuri un danno sui giovani. Dunque esistono buone ragioni - del tipo individuato da Mill - per rendere queste attività illegali.

Proviamo tuttavia a osservare più da vicino cosa intendiamo per «pubblico» nella discussione precedente. Ciò che è problematico rispetto ad attività sessuali in pubblico è che esse hanno luogo in presenza di persone che non hanno acconsentito ad assistervi. Risiede qui il loro collegamento con la categoria tradizionale di turbativa: esiste un'ingerenza. Immaginiamo che le pratiche sessuali abbiano luogo, invece, in un club riservato ai soli membri. Molti di questi club, per altri motivi di organizzazione imprenditoriale, sono designati come «esercizi pubblici». Qui, tuttavia, «pubblico» significa qualcosa di diverso: qualcosa che non è sufficiente a rendere gli atti sessuali una turbativa nel senso classico - poiché non è presente un'imposizione diretta a spettatori involontari. Poiché questa è assente, lo è anche il nostro terzo elemento: il disgusto non può riguardare oggetti primari laddove le parti non consenzienti non sperimentino in modo diretto quanto sta accadendo.

Questo caso, quindi, appartiene alla nostra terza categoria, non alla seconda. Ciò che disturba le persone non è ciò che vedono o sentono, o di cui sentono odore: è ciò che immaginano stia avendo luogo in quei sex club. L'ambiguità dei termini «pubblico» e «privato» causa confusione. In un certo senso gli atti sono pubblici: essi avvengono in un luogo che, a determinati fini legali, costituisce un esercizio pubblico. E non sono «privati», se «privato» significa «dentro casa». Ma abbiamo argomentato che la distinzione importante dal punto di vista del diritto è quello tra il (relativo) isolamento, che significa che nessuno spettatore involontario è coinvolto, e il trovarsi in un contesto misto composto tanto da persone consenzienti quanto da persone non consenzienti. Teniamo a mente questa distinzione nell'analizzare l'uso della disciplina sulla turbativa per sottoporre a controllo di polizia il business del sesso .

3. Sesso e leggi sulla turbativa

Molte città degli Stati Uniti hanno legislazioni che vietano di tenere in attività degli esercizi che causino una «turbativa della salute pubblica». Tali imprese sono soggette a chiusura da parte dell'autorità pubblica. Inoltre, se un determinato esercizio costituisce «di per sé una turbativa della quiete pubblica» (vale a dire «un atto, occupazione o struttura che costituisce una turbativa in ogni momento e in ogni circostanza, indipendentemente dal luogo o dalla zona circostante»),⁹ i proprietari non saranno indennizzati per la perdita di proprietà che ne consegue, poiché la chiusura non ha il significato di una «espropriazione». Alcuni esempi includono «il possesso di animali malati o di uno stagno che alimenta la presenza di zanzare malariche», un'attività di interrimento dei rifiuti che abbia l'effetto di provocare allagamenti dei terreni altrui, o una centrale nucleare costruita su una faglia sismica.¹⁰ Tutti questi esempi costituiscono una turbativa in base alla classica prospettiva di Mill .

In molte ordinanze cittadine i business del sesso sono analogamente classificati come cause di turbativa della quiete pubblica. Si considerino questi tipici casi di Phoenix e New York: Un'attività il cui proposito sia di offrire la possibilità di partecipare a, o assistere a, atti sessualmente espliciti dal vivo è considerata un luogo contrario

all'ordine pubblico e una turbativa alla quiete pubblica di per sé, e non è consentita. (Phoenix City Code 223-54[A] [i] [1998]) .

Locali proibiti: a nessuna struttura è consentito rendere disponibili i propri locali per attività sessuali, quando in tali locali abbiano luogo attività sessuali ad alto rischio. Tali strutture costituiscono una turbativa della quiete pubblica pericolosa per la salute pubblica. Per «struttura» si intende qualsiasi luogo dal quale sia possibile acquistare accesso, iscrizione, beni o servizi; per «attività sessuale ad alto rischio» si intendono rapporti anali e orali .

(Ordinanza di New York in oggetto in *City o/New York v. New Saint Mark's Baths*, 497) .

Qual è la nozione di turbativa utilizzata in questo caso? Mutschler, un caso riguardante la chiusura di un sex club di Phoenix in base a un'ordinanza, spiega i presupposti della legge nei termini seguenti: L'attività dei sex club contribuisce alla diffusione di malattie sessualmente trasmissibili ed è «contraria alla salute, alla sicurezza, al benessere e ai principi morali degli abitanti della città di Phoenix», e costituisce «un disturbo dell'ordine pubblico di per sé». [...] Il memorandum della polizia esprime anche preoccupazioni relative alle condizioni igieniche, facendo notare che «esiste la possibilità di un contatto involontario con diversi fluidi corporei tra cui saliva, sperma, sangue e materiale fecale» .

Mutschler ha la pretesa di fornire una ragione milliana per l'ordinanza: i sex club provocano rischi sanitari per il pubblico. Ma se analizziamo ulteriormente il ragionamento, ciò che troviamo è il disgusto. Non, tuttavia, il disgusto tipico dei casi classici sulla turbativa privata o dei loro equivalenti nella sfera pubblica. Nessun passante involontario aveva fatto ingresso nel club di Mutschler. I poliziotti affermano di esserne stati fisicamente disgustati, ma si trovavano in quel luogo volontariamente. Tutti gli altri clienti si trovavano lì perché intendevano partecipare alle attività di scambismo per le quali il club era conosciuto. Avevano pagato un biglietto di ingresso e nessuno aveva alcun dubbio circa la natura del club, che aveva un'esplicita licenza in quanto locale per adulti .

In che senso, allora, questa attività può essere descritta come una turbativa? (E evidente che la pretesa è che si tratti di una turbativa in senso milliano, un rischio per la salute pubblica.) Se ciò che si afferma

è che i clienti del club potrebbero contrarre malattie veneree, allora sì, questo è possibile; ma questo è vero per qualsiasi persona che abbia rapporti sessuali promiscui, e i frequentatori di un club per scambisti sono persone che probabilmente più di altre sono a conoscenza dei rischi impliciti nelle loro relazioni sessuali volontarie. Le malattie sessualmente trasmissibili non sono suscettibili di contagio per via aerea o attraverso il contatto casuale; sono trasmesse mediante l'atto sessuale, e non esistono indicazioni che i frequentatori del club siano sottoposti a stupro o ad altre condotte sessuali involontarie. I clienti di un tale club non possono non sapere che alcuni membri potrebbero avere malattie sessualmente trasmissibili, ma è una loro scelta decidere come comportarsi di fronte a questo rischio. Naturalmente un singolo frequentatore può sempre mentire circa le proprie condizioni di salute, ma la risposta adeguata a tale comportamento criminale consiste nel punire l'impostore, non nel chiudere i locali. L'argomento secondo il quale il club arreca un disturbo ai propri stessi clienti non è convincente.

Ancora più debole è un argomento simile e utilizzato in relazione alla diffusione dell'Hiv/Aids per dichiarare le saune gay una turbativa pubblica. La legislazione newyorkese qui rilevante definisce inequivocabilmente la turbativa pubblica nei termini di Mill: «qualunque cosa rappresenti un pericolo per la vita umana o sia nociva per la salute». Ma dov'è l'imposizione involontaria? La comunità gay è consapevole del virus, dei rischi che comporta, e delle sue dinamiche di trasmissione. (La comunità ha anche felicemente accettato, e in molti casi volontariamente avviato, misure volte a informare i clienti dei rischi del sesso non protetto e a rendere i profilattici facilmente accessibili). Il virus dell'Hiv/ Aids si può trasmettere solo mediante lo scambio di fluidi corporei. Quindi tutto quel che si può dire è che le saune rendono possibile agli uomini partecipare ad attività rischiose se decidono di farlo .

Ma le persone scelgono di esporsi al rischio in ogni modo e in ogni tipo di attività. Scalano montagne, fanno corse d'auto, boxano, fumano, mangiano troppo. Nessuno suggerisce di rendere illegali tutte queste attività. Alcune attività rischiose sono regolamentate per ragioni di sicurezza: la boxe ha delle regole, e alcune municipalità ora impongono ai fast food di smettere di utilizzare grassi idrogenati e di indicare i dati

nutrizionali dei loro prodotti. Il fumo è regolamentato in modo molto più stretto, ma in riferimento all'esposizione involontaria al fumo passivo. L'alcol, una droga pericolosa con un rapporto ben documentato con il danno ad altre persone (violenza, guida in stato di ebbrezza, aggressioni sessuali) è a malapena regolamentato, se si eccettuano i limiti legati all'età e al luogo di acquisto. In breve, non è possibile trovare un solo caso non relativo al sesso - a eccezione dell'uso di droghe, troppo complesso per discuterne in questa sede - in cui un locale che promuova un'attività rischiosa puramente rivolta a se stessi sia soggetto a chiusura in quanto rappresenta una turbativa pubblica. In tutti gli altri casi, si adottano opzioni più ristrette: regolare, educare e rendere penalmente responsabile chiunque induca con raggiri una parte non consenziente a esporsi a rischi cui questa non abbia acconsentito. L'attività sessuale, in particolare quella tra persone dello stesso sesso, è unica dal punto di vista del livello di controllo che suscita .

Qui vediamo di nuovo la politica del disgusto in azione. Immaginate che il rapporto di polizia citato in Mutschler venga riscritto come studio su un rally automobilistico. Molto probabilmente gli stessi agenti che esprimono repulsione verso i comportamenti rischiosi che hanno luogo nel sex club esalterebbero la mascolinità espressa dalla scelta rischiosa di guidare in modo pericoloso. Eppure il rischio concreto di un grave danno fisico è probabilmente molto più elevato in un rally: non esiste un equivalente del preservativo per i piloti delle corse. Nessuna delle due situazioni, naturalmente, pone un serio rischio di danno per chi non vi partecipa .

Non è possibile trovare un esempio più chiaro del disgusto-panico che circonda la cultura dei sex club in America della controversia che esplose quando la mia casa editrice universitaria decise di pubblicare *UnlimitedIntimacy: Reflections on the Subculture of Barebacking*, scritto dal teorico della sessualità Tim Dean, direttore dello Humanities Institute e professore di inglese presso la State University of New York di Buffalo. Il libro di Dean è il primo studio antropologico diretto sulla subcultura del sesso non protetto nei sex club per uomini. Dean riconosce di far parte di tale subcultura; infatti non avrebbe potuto ottenere le informazioni riportate nel libro in alcun altro modo. Il testo analizza le fantasie e i desideri che motivano questa comunità, le concezioni di sé delle persone coinvolte, le idee che sostengono la

scelta di assumere un comportamento rischioso. Il libro si concentra sul comportamento consensuale con piena rivelazione della condizione di Hiv, ed è duramente critico verso l'inganno. Essenzialmente, giunge alla conclusione che le persone che si espongono al rischio di infezione da Hiv avendo rapporti sessuali non protetti non sono dei matti patologici, ma uomini spinti da fantasie maschili comuni («Io sono un tipo tosto»; «Posso resistere a tutto») e da un normale calcolo costi-benefici (in virtù del quale il piacere extra del sesso senza protezione è considerato più importante del rischio, specialmente in una cultura nella quale la rivelazione della condizione di malattia costituisce un obbligo etico), mentre alcune di quelle fantasie sono più sorprendenti (fantasie di gravidanza e «riproduzione» in relazione alla trasmissione del virus).

Quando la University of Chicago Press prese in considerazione il volume (che era stato sottoposto al tradizionale processo di valutazione accademica ed era stato entusiasticamente raccomandato per la pubblicazione tanto dai valutatori quanto dal responsabile editoriale per quel settore) ne nacque un'intensa controversia. Molti non erano disposti a vedere la casa editrice pubblicare un libro che poteva essere percepito come la promozione di un «comportamento rischioso». Non importa che Dean non promuovesse nulla, che il suo obiettivo fosse descrivere e comprendere. L'assenza di una severa condanna morale sapeva troppo di celebrazione. La casa editrice non avrebbe battuto ciglio se il responsabile editoriale avesse suggerito un libro sull'alpinismo, le corse d'auto, la boxe, il fumo, o il consumo di alcol; libri su questi temi vengono pubblicati ovunque da case editrici di prestigio, comprese quelle universitarie. Nel caso del fumo, è persino possibile pubblicare un libro che celebri i piaceri del fumare e critichi le recenti restrizioni. Il sesso, e in particolare il sesso gay, è stato selezionato come oggetto di particolare controllo, come se un discorso franco su di esso rappresentasse una sorta di turbativa. Infine, il buon senso e la libertà accademica prevalsero e la casa editrice decise di pubblicare il libro di Dean; ma l'ansia suscitata dal lavoro parlava di una storia fin troppo nota.

L'idea che i sex club costituiscano una turbativa a causa dei rischi che pongono ai loro stessi frequentatori non può essere difesa coerentemente, in particolare perché mentire a proposito della propria condizione rispetto all'Hiv è già un reato. Come si può sostenere che il

club costituirebbe una turbativa nei confronti del pubblico in generale? Lo shakespeariano *Misura per misura*, scritto durante un'epidemia di peste, suggerisce se non altro che i bordelli sono un luogo dove le malattie si trasmettono involontariamente da una persona all'altra: una persona vi entra per il sesso ma contrae anche la peste - e poi va fuori e la diffonde al pubblico ignaro.¹¹ Qui esiste almeno una storia di come la malattia si trasmetta a parti non consenzienti, sebbene non sia chiaro perché vengano selezionati i business del sesso, dal momento che qualsiasi luogo affollato può avere la stessa funzione. Molti personaggi dell'opera concepiscono già il sesso come intrinsecamente malato o infestato (si ricordi il riferimento di Claudio ai topi), per cui è fin troppo facile pensare che anche altre malattie si concentrino in quel luogo. In realtà, tuttavia, anche il teatro, il mercato, un ristorante affollato pongono un rischio almeno altrettanto severo di contagio della peste (infatti i teatri di Londra furono chiusi nel 1603 a causa dell'epidemia).

Ma la peste è contagiosa. La peste bubbonica è trasmessa dalle pulci, le quali possono spostarsi da una persona all'altra. La peste pneumonica, probabilmente la forma che si diffuse a Londra al tempo di Shakespeare, si propaga attraverso l'espettorato. Entrambe possono facilmente contagiare persone ignare in un contesto chiuso e affollato. L'Hiv/Aids non funziona in questo modo. Esso può diffondersi solo attraverso il contatto sessuale, le trasfusioni, le donazioni d'organi, la condivisione di siringhe e altre circostanze simili: in altri termini, solo attraverso il passaggio diretto di fluidi corporei da una persona all'altra. Il virus muore molto rapidamente nell'aria. Dunque, i presupposti per definire le saune o qualsiasi altro business del sesso come una turbativa in virtù del fatto che comporterebbero un rischio per il pubblico sono molto deboli.

Se ciò che si intende è che la gente può contrarre l'Hiv in un sex club e poi diffonderlo all'esterno a partner ignari (coniugi, nuovi contatti), bene, ancora una volta abbiamo norme del diritto penale che si occupano della mancata comunicazione della condizione di malattia. Se poi consideriamo il luogo nel quale questa esposizione involontaria si verifica più di frequente, vale a dire la camera da letto matrimoniale, dove i mariti si rifiutano di avere rapporti sessuali protetti e costringono le mogli a rischiare di contrarre un virus che il marito, eterosessuale o

gay, ha contratto all'esterno - la singola fonte più rilevante di diffusione dell'Hiv in Africa - comprendiamo come la soluzione non consista nel chiudere le saune o le case di prostituzione, ma nel cambiare le norme sul consenso maritale e la prontezza della polizia a intervenire nei casi di coercizione sessuale all'interno del matrimonio, come anche nella solidarietà tra donne contro ogni esposizione forzata a questi rischi. La zona protetta della casa è al momento uno dei luoghi più pericolosi in cui avere rapporti sessuali .

Alcuni casi invocano il concetto di una «turbativa morale». Ma di che cosa si tratta, esattamente? L'impressione è che ci si riferisca a tre cose diverse. La prima è la proposizione di Devlin allo stato puro: si tratta di un comportamento che ci disgusta quando lo immaginiamo. Ho argomentato contro questo ragionamento non-milliano lungo tutto il libro. Ma in quest'area, l'argomento di Devlin è spesso intrecciato con ragionamenti che sono ritenuti milliani. La seconda cosa cui le persone si riferiscono in termini di turbativa morale, allora, è il fatto che la presenza di un business del sesso in quell'area indurrebbe la gente a voler frequentare quel locale; la sua presenza diffonderebbe quindi un tipo di comportamento volontario che molte persone non approvano. In genere queste affermazioni non sono supportate da evidenza empirica, ma supponiamo che sia vero che i club per scambisti facciano aumentare il numero degli scambisti in una certa area: è questa una ragione sufficiente per considerarli una turbativa nel senso di Mill? Mancano qui gli elementi della causazione diretta e dell'imposizione involontaria: questi individui diventano scambisti per emulazione, convenienza o attrazione, non per forza .

Il terzo significato di turbativa morale, di nuovo presuntamente milliano, è quello secondo il quale i business del sesso fungerebbero da polo d'attrazione per diverse attività indesiderate o illecite. Spesso, come vedremo nella sezione seguente, queste affermazioni hanno riscontri empirici scarsi o inesistenti. Ma quand'anche questi ultimi fossero consistenti, se prestiamo attenzione alle categorie di Mill dobbiamo distinguere tra due diverse tipologie di attività secondarie. Un primo tipo riguarda altre attività rivolte al sé, come la prostituzione. Queste possono anche essere illegali, ma coinvolgono solo parti consenzienti e quindi non costituiscono una turbativa nel senso inteso da Mill. Esse non hanno conseguenze dirette per coloro che non vi

acconsentono. Probabilmente non dovrebbero essere affatto illegali, ma questa è un'altra storia .

La seconda tipologia comprende attività veramente dannose, come lo stupro e l'aggressione sessuale, la somministrazione di droghe con l'inganno (per esempio nel caso di donne stuprate durante un appuntamento galante) e la tratta (l'induzione alla prostituzione con la forza o con l'inganno). Non esiste prova che le saune e i club per scambisti attraggano gli stupratori. La tipica confraternita studentesca probabilmente genera un numero maggiore di imposizioni nei confronti di donne non consenzienti di qualsiasi club di questo genere. Quando le persone vanno in un sex club è probabile che tengano un atteggiamento accorto e difensivo (a differenza delle giovani donne che partecipano alle feste delle confraternite).¹² Le donne che incontrano uomini su internet e si recano in luoghi isolati per incontrarli fanno qualcosa di molto più rischioso di quanto non sarebbe incontrare un uomo tra le mura di un sex club. Se tuttavia esiste un'imposizione involontaria in un club del genere, questa dovrebbe essere di compe tenza del diritto penale, come awerrebbe per qualsiasi altro luogo. Dovremmo prendere di mira i criminali, non i luoghi che a volte sono frequentati da loro. (Nessuno ha proposto di chiudere ristoranti noti per essere i preferiti dei capi della criminalità organizzata.)

4. Principi costituzionali? Eguaglianza, giusto processo, libertà di parola

Le leggi sulla turbativa della quiete pubblica sono fobiche e irrazionali. Ma sono anche incostituzionali? Vediamo se i principi che abbiamo analizzato nei capitoli precedenti possono esserci di aiuto in quest'area controversa .

Le leggi che impongono la chiusura dei sex club non sono ancora state sottoposte a controllo giurisdizionale in base al principio costituzionale di eguaglianza, ma possiamo immaginare uno scenario nel quale un caso del genere avrebbe buone possibilità di successo. Immaginiamo che una legge di zonizzazione o qualche altro genere di legislazione sulla turbativa della quiete pubblica stabilisca restrizioni particolari e specifiche per i locali per persone dello stesso sesso. O si

supponga che l'ordinanza in sé sia articolata in un linguaggio neutro, ma che la sua applicazione si concentri su locali per persone dello stesso sesso. In un caso del genere, la legislazione potrebbe non sopravvivere a un controllo giurisdizionale su base razionale. Come nel caso della legge di zonizzazione dichiarata incostituzionale in Cleburne o del programma governativo invalidato in Moreno, un'ordinanza del genere apparirebbe motivata da pura ostilità. Ma dal momento che gli americani sono fobici nei confronti del sesso in luoghi pubblici in generale, e non solo quando siano coinvolte persone dello stesso sesso, un caso del genere potrebbe non materializzarsi nel prossimo futuro .

Il caso Lawrence, tuttavia, è già stato utilizzato per difendere alcuni aspetti del sesso «pubblico». Con decisioni contrastanti, due circuiti della Corte d'appello federale hanno rispettivamente convalidato e annullato delle ordinanze locali che bandivano la vendita di giocattoli erotici.¹³ Anche se il conflitto non sarà affrontato dalla Corte Suprema, poiché il Texas ha deciso di non ricorrere in appello a difesa del proprio bando, le affascinanti argomentazioni avanzate in proposito evidenziano quale sia l'interpretazione attuale del caso Lawrence, e in che modo il suo contenuto possa essere gradualmente esteso per proteggere quanto meno alcuni aspetti dell'attività sessuale in luoghi aperti al pubblico .

Nel 1979 il Texas riscrisse le proprie leggi sull'oscenità per aggiungervi un divieto di «promuovere» (che includeva «vendere, cedere, prestare, distribuire o pubblicizzare») «articoli osceni», definiti come qualsiasi oggetto «identificato o commercializzato come designato principalmente alla stimolazione degli organi genitali umani». Nel 1985 la Corte d'appello del Texas affermò che la legge non violava il diritto costituzionale alla privacy, poiché (a giudizio della Corte) non esisteva un diritto costituzionale a «stimolare [...] gli organi genitali di un'altra persona con un oggetto identificato o commercializzato come designato principalmente a tale uso» .

A differenza della legge in discussione in Griswold, che criminalizzava tanto la fornitura quanto l'utilizzo di mezzi contraccettivi, la legislazione texana non ne criminalizzava l'uso (pur prevedendo che la detenzione di sei o più «articoli osceni» equivallesse all'intenzione di «promuovere» il loro uso). La legislazione aggiunse anche un'eccezione per chiunque «promuovesse» quegli oggetti in

buona fede per «scopi medici, psichiatrici, giudiziari, legislativi o di applicazione della legge». (Il quinto circuito notava che solo altri tre stati avevano legislazioni simili nel 2008: Mississippi, Alabama e Virginia.) A partire dal caso Lawrence, un gruppo di rivenditori di articoli erotici decise di presentare un nuovo ricorso contro la legge .

Fermiamoci un attimo per chiederci cosa hanno in mente i legislatori di questi stati. Non è possibile che credano davvero che falli e vibratori costituiscano una minaccia per la salute pubblica (al contrario i ricorrenti nel caso Reliable Consultants fanno notare che l'uso di strumenti erotici è spesso un modo per limitare la diffusione di malattie sessualmente trasmesse). Chiunque guardi seriamente ai rischi per la salute pubblica dovrebbe riconoscere che, come fonti di piacere, i giocattoli erotici minacciano la salute molto meno della vendita di caramelle e bevande analcoliche. Dunque l'opposizione nei loro confronti sembrerebbe una forma di ostilità verso il piacere sessuale fine a se stesso, anziché per scopi riproduttivi. In tal senso, il bando sui giocattoli erotici è collegato molto da vicino ai precedenti bandi sui contraccettivi .

La corte distrettuale seguì il tipo di ragionamento utilizzato in Bowers: essa definì dapprima il diritto putativo in modo estremamente ristretto, come «il diritto di promuovere pubblicamente articoli osceni», per poi concludere che il Quattordicesimo Emendamento non tutelava tale diritto. La Corte d'appello, seguendo Lawrence, considerò la questione come attinente più in generale alla libertà sessuale: il diritto di «tenere in privato comportamenti intimi senza ingerenze da parte del governo». La corte ritiene che la decisione su Lawrence tuteli questo diritto in termini molto ampi .

E che dire del fatto che la legge criminalizzasse solo la «promozione» e non l'uso? La corte nota che l'atto del «promuovere» era una questione chiave tanto in Griswold (dove i ricorrenti erano consulenti in materia contraccettiva), quanto in Eisenstadt (dove l'appellante distribuiva contraccettivi). Anche se l'uso in sé non viene criminalizzato in questo caso, argomenta la corte, «divieti sulle transazioni commerciali relative a un prodotto possono determinare un limite incostituzionale al sostanziale diritto dell'individuo al giusto processo» .

In altri termini, i giudici riconoscono che la protezione della libertà sessuale possa implicare la tutela di transazioni che awengono nella sfera «pubblica». L'argomento contrario, secondo cui la legge rifletterebbe il «giudizio morale della legislatura del Texas» è rifiutato in quanto considerato insufficiente nel momento in cui è intaccato un diritto tutelato dal Quattordicesimo Emendamento. Di nuovo, il caso Lawrence è citato a sostegno dell'idea che tali diritti tutelati non possano essere violati soltanto perché una maggioranza non approva le pratiche in questione .

Ma la legge restringe forse la «vendita di sesso»? La corte ammette, a puro scopo argomentativo, che lo stato possa regolare la prostituzione e il sesso in luoghi pubblici. Ma conclude che il caso in discussione, il quale riguarda «la vendita di un oggetto che un individuo può decidere di utilizzare durante un rapporto intimo con un partner in casa» non rientra nella stessa categoria .

Poco tempo prima, l'undicesimo circuito aveva convalidato una legge simile dell'Alabama (a differenza della legge texana, il testo legislativo esentava esplicitamente «preservativi stimolanti e farmaci contro l'impotenza»). Il ragionamento della Corte fu che il caso Lawrence non trovava applicazione perché esso tutelava solo la «condotta sessuale privata», mentre la legge dell'Alabama «proibisce l'attività sessuale pubblica e commerciale». I giudici classificarono la vendita di strumenti erotici come «vendita del sesso», in modo analogo alla prostituzione. Il parere della Corte sembra confondere un'attività sessuale che è di per sé commerciale (sesso in cambio di denaro) con le transazioni commerciali che sostengono scelte sessuali personali intime, consensuali e non commerciali. (Tale confusione è alimentata dall'ambiguità del linguaggio su «privato» e «pubblico» nell'intera serie di casi che conducono a Lawrence.) Il sesso in cambio di denaro non è costituzionalmente protetto in base a Lawrence, ma la vendita di falli e vibratori non costituisce sesso in cambio di denaro. Sembra difficile poter distinguere le transazioni commerciali che sostengono scelte intime personali dagli atti, costituzionalmente tutelati, dei consulenti sulla contraccezione in Griswold - un problema che la Corte non nota neppure .

La decisione relativa al Texas, dunque, rappresenta un'interpretazione del caso Lawrence molto più convincente. Essa

mostra che il caso Lawrence, se letto attentamente, tutela non solo la condotta consensuale ma anche la «promozione» a essa collegata, la quale in parte include transazioni commerciali. Il riferimento occasionale alla «casa» nel parere genera una certa confusione, poiché è ovvio che la questione rilevante è che gli adulti utilizzino questi prodotti in modo consensuale e in un luogo riservato, e non che ne facciano uso in un luogo specifico. Tuttavia, nel complesso l'intera sentenza protegge le scelte sessuali tra adulti consenzienti dall'ingerenza del governo, anche quando tali scelte comportano l'acquisto di prodotti impopolari. Un giorno il conflitto tra i diversi di stretti giudiziari sarà magari risolto dalla Corte Suprema, ma è possibile che i pochi stati che hanno leggi di questo tipo le revochino prima di allora .

Un ostacolo a questa sentenza, sebbene non discusso dalla corte del Texas, è costituito da Stanley v. Georgia, nel quale l'uso della pornografia era stato considerato protetto, sulla base della libertà di parola tutelata dal Primo Emendamento, solo nella misura in cui fosse confinato allo spazio domestico. In base a Stanley, la vendita di materiale osceno potrebbe ancora essere criminalizzata. Apparentemente, se la vendita commerciale di un vibratore è costituzionalmente protetta, allora anche la vendita commerciale di materiale osceno dovrebbe esserlo - se non in virtù del Primo Emendamento, in base al giusto processo. Dunque la decisione del Texas attende un'ulteriore chiarificazione, e così anche la confusione sulla privacy che, come abbiamo sostenuto, Stanley rappresenta .

Può la decisione del Texas suggerire che il caso Lawrence possa essere utilizzato per difendere l'attività sessuale nei sex club? Se trascuriamo quei riferimenti poco fortunati alla «casa», essa suggerisce un'estensione di Lawrence in tale direzione. Avendo stabilito il principio che anche le attività caratterizzate in senso commerciale godono di tutela costituzionale, se sono funzionali alla protezione di una libertà garantita dal giusto processo, una corte potrebbe ragionevolmente ritenere che nella decisione di recarsi in un sex club e partecipare a specifiche pratiche consensuali si manifesti un aspetto della libertà tutelata in Lawrence, e che la chiusura degli esercizi commerciali comprima tale diritto in maniera incostituzionale. Come nel caso Reliable Consultants, tale Corte potrebbe chiaramente

distinguere la fornitura di una struttura di supporto per lo svolgimento di pratiche sessuali liberamente scelte dalla «vendita di sesso» .

Qualora un simile caso emergesse, lo Stato o la municipalità in questione argomenterebbero certamente che non solo la «moralità pubblica», ma anche la «salute pubblica» costituisce per loro un buon motivo per regolare le attività commerciali legate al sesso. I giocattoli erotici non diffondono malattie, sarebbe la loro tesi, ma i sex club sì. Ma tale argomentazione, come si è detto, è estremamente debole. Dunque, se i giudici osservassero la questione con un occhio non fobico, potrebbero plausibilmente concludere che Lawrence tutela anche i sex club. Ma questo non accadrà di certo nel prossimo futuro .

Giungiamo infine in un'area nella quale la Corte Suprema si è dovuta confrontare con la tutela dei locali per adulti - ma in base alla libertà di parola tutelata dal Primo Emendamento, e non al Quattordicesimo. Le complesse questioni relative all'interpretazione di quel principio sono fuori dalla portata del presente lavoro, ma un caso specifico è di particolare interesse poiché manifesta lo stesso vizio di ragionamento che abbiamo osservato nei casi sulla turbativa .

Il J.R. Kitty Kat Lounge è un bar di South Bend, Indiana, che offriva spettacoli di striptease, culminanti nel nudo integrale, come intrattenimento per i propri clienti. Anche il Glen Theatre offriva spettacoli di ballo con nudo integrale, anche se senza servire alcolici. Lo stato dell'Indiana, tuttavia, promulgò un'ordinanza contro l'«oscenità pubblica» che bandiva la nudità in «luogo pubblico» (un concetto che l'ordinanza non definiva). Essa definiva la nudità come «l'esibizione dei genitali umani maschili o femminili, dell'area pubica, o delle natiche con una copertura meno che opaca, l'esibizione dei seni femminili con una copertura meno che interamente opaca di qualsiasi parte del capezzolo, o l'esibizione dei genitali maschili coperti in uno stato di discernibile erezione». Le ricorrenti, Darlene Miller, Gayle Sutro e Carla Johnson, lavoravano come ballerine che si esibivano nude. L'Indiana ammise che la loro danza non era oscena .

Quando il caso fu preso in esame dalla Corte d'appello del settimo circuito a Chicago, la Corte affermò che la danza costituiva un'espressione tutelata, e che quindi l'ordinanza violava la Costituzione. Il parere più significativo fu la lunga opinione concordante da parte del giudice Richard Posner. Egli fece qualcosa di piuttosto raro per un

giudice: analizzò seriamente la storia della questione, chiedendosi in cosa consista il ballo con nudo all'interno della tradizione occidentale della danza, quale ruolo eserciti la nudità nel ballo e quale messaggio essa comunichi. Il giudice afferma che la danza è espressiva: contiene un messaggio che ha a che fare con il valore dell'eroticità. «Che si abbia gusto o disgusto per la danza erotica in generale o le danze di striptease in particolare, affermare - come ha fatto il giudice distrettuale in questo caso - che un ballo di striptease non costituisce un'"attività espressiva" ma una "semplice condotta", è un attacco indifendibile alla libertà artistica». Nel comunicare il messaggio erotico, la nudità di chi danza gioca un ruolo importante. Danzatrici ricoperte di perizomi e adesivi, come l'ordinanza richiedeva, non sarebbero in grado di comunicare esattamente lo stesso messaggio .

Posner sottolinea anche che la nudità nella danza è ampiamente tollerata se è parte dell'«arte elevata» - e cita una rappresentazione di Salomè di Richard Strauss nella quale la danza dei sette veli si concludeva, come voluto da Strauss, con un nudo integrale. Ma, prosegue Posner, un pregiudizio elitario nei confronti della cultura popolare consente un'interferenza maggiore nelle rappresentazioni della nudità quando le ballerine si trovano al Kitty Kat Lounge: «Il Primo Emendamento proibisce questo genere di discriminazione» .

Quando il caso fu presentato in appello alla Corte Suprema, la decisione del settimo circuito fu annullata con una maggioranza di 5 a 4. Tre diverse opinioni furono presentate dalla maggioranza: tutte concordavano che la danza senza veli costituisse un'attività espressiva. Il presidente della Corte Suprema Rehnquist e i giudici O'Connor e Kennedy affermarono che limitazioni incidentali alle libertà tutelate dal Primo Emendamento potessero essere giustificate da un «importante il sostanziale interesse di governo». La dottrina degli «effetti incidentali» tutela leggi che non sono dirette alla libertà di parola, ma hanno un impatto su questa. Per esempio, una legge che proibisca l'accensione di fuochi in luoghi pubblici può essere costituzionalmente applicata a una persona che bruci una bandiera americana in una strada pubblica, poiché la legge non è rivolta alla libertà di parola e ha solo un effetto incidentale. In questo caso, secondo il punto di vista di maggioranza, un interesse a «proteggere l'ordine sociale e la moralità pubblica» che sia «indipendente dalla

soppressione della libertà d'espressione», giustifica i limiti incidentali all'attività espressiva dei danzatori .

Il giudice White, in dissenso, argomenta che una legge che bandisca la nudità solo in alcuni contesti (non, per esempio, dentro casa) e che comprima in modo significativo l'attività espressiva necessita di un controllo giurisdizionale più rigoroso e a un più alto livello, affinché si possa verificare quale sia l'obiettivo perseguito dallo stato. Leggi contro la nudità in pubblico, afferma il giudice, sono designate a proteggere parti non consenzienti da un'offesa: Ma questo non potrebbe in alcun modo essere l'obiettivo del vietare la nudità nella danza all'interno di teatri e locali notturni, dal momento che gli spettatori sono esclusivamente adulti consenzienti che pagano denaro per vedere questi spettacoli. L'obiettivo del divieto in questi contesti è proteggere gli spettatori da quello che lo Stato ritiene essere il messaggio dannoso comunicato dalla danza senza veli .

In altre parole, in questi contesti lo scopo perseguito dallo Stato non è in realtà indipendente dalla soppressione dell'attività espressiva. Questa opinione riassume in modo efficace le distinzioni che abbiamo cercato di argomentare fino a questo punto .

Secondo il giudice Scalia, in risposta al giudice White, il ballo è espressivo, ma la legge che regola la nudità in pubblico non è specificamente diretta contro una forma di espressione, e questo significa che «non è soggetta all'ordinaria verifica di costituzionalità in base al Primo Emendamento». A suo giudizio, quindi, il governo deve solo dimostrare l'esistenza di una base razionale della legge, cosa che può fare facilmente: «l'opposizione morale alla nudità» fornisce tale base .

Tanto l'opinione espressa dalla maggioranza relativa dei giudici, quanto quella concorrente di Scalia, sono devliniane: nessuna delle due è interessata ad alcun danno tangibile ai non consenzienti; entrambe concludono che è sufficiente la condanna morale di ciò che ha luogo dietro porte chiuse. Il giudice White al contrario è un milliano, attento alla questione del consenso e dell'imposizione. Le due opinioni devliniane, tuttavia, non definiscono la legge per come esiste attualmente, poiché è l'opinione più circoscritta a prevalere, e tale opinione (ovvero quella che offre i margini minori per una limitazione dell'attività espressiva) è quella concorrente del giudice Souter. Ed è

questa opinione a intrecciarsi in modi affascinanti con il dibattito sulla turbativa della quiete pubblica .

Souter inizia con l'affermare che mentre una performance di danza è un'attività espressiva, la nudità non lo è, perché si tratta di «una condizione, non un'attività, e l'assunzione volontaria di tale condizione, senza ulteriori qualifiche, non sembra esprimere altro se non l'idea che la condizione sia in qualche modo appropriata alle circostanze». A essere completamente tagliata fuori è l'estesa storia della nudità nella danza proposta da Posner. E tale (senza alcuna menzione o risposta) resta anche la posizione di Posner secondo cui la nudità nel ballo da striptease è un elemento essenziale del messaggio di eroticità comunicato dalla danza .

Souter concorda con la maggioranza sul fatto che il governo debba dimostrare un interesse legittimo per giustificare limitazioni incidentali dell'attività espressiva (egli rifiuta implicitamente l'argomento di White secondo il quale tale interesse debba anche essere pressante). Ma Souter non concorda circa la natura di quell'interesse. Senza respingere la giustificazione devliniana contenuta nell'opinione della maggioranza relativa dei giudici, egli propone un ragionamento diverso, che si concentra sul danno attuale e potenziale. Secondo Souter, l'interesse di governo più pertinente che si possa citare a difesa del bando contro la nudità nelle performance per adulti è quello a «prevenire la prostituzione, le aggressioni sessuali, e altre attività criminali». Il giudice li chiama «effetti secondari dannosi». Come dobbiamo intendere questo ragionamento? L'affermazione che la nudità nella danza conduca a crimini contro persone non consenzienti - aggressioni sessuali, forse furto e altre forme di attività criminale - esprime una posizione milliana, e Souter sembra suggerire che tale danza procurerebbe un danno a persone non consenzienti. Ma il suo linguaggio è insoddisfacente: il termine «attività criminale» è estremamente vago, e l'esempio della prostituzione - un reato senza vittime - non ci assicura che l'argomento sia effettivamente milliano. Ma supponiamo pure che lo sia. Dobbiamo ancora porre alcune domande. Primo, quali prove porta Souter a sostegno della sua posizione? Si ricordi che tale posizione ipoteticamente distingue tra il danzare con addosso degli adesivi e un perizoma, e il farlo in condizioni di nudità completa. Souter dice di non aver bisogno di prove

concrete. Invece, nota che diverse città affermano che il tasso di criminalità sarebbe correlato con la presenza di divertimenti «per adulti». Ma questa non è esattamente una prova .

Dobbiamo anche chiederci quanto stretta debba essere la connessione causale tra performance e criminalità per poter giustificare delle restrizioni alla libertà d'espressione. E quanto deve essere significativa la differenza di effetti tra la performance con gli adesivi e quella senza? Infine, quali prove giustificano la conclusione che sia la nudità a causare il problema e non invece altre caratteristiche di un locale che potrebbero essere connesse all'attività criminale, come la sua collocazione in un quartiere malfamato e la disponibilità di alcol? La sentenza del giudice Souter non prende sul serio tali questioni. Quello che Souter tenta di fare è trattare l'elemento della nudità nella danza come una turbativa nel senso milliano, ma il modo estremamente disinvolto con cui lo fa è sconcertante. Sebbene il suo obiettivo non sia dimostrare un impellente interesse di governo a regolare la materia, non avrebbe dovuto accontentarsi di argomentazioni così deboli .

Inoltre, non esiste forse un modo più circoscritto o meno oneroso di ridurre l'attività illegale, e cioè di contrastare le attività illegali permettendo alle ballerine di esibirsi nude? La questione, menzionata nell'opinione dissenziente e centrale nei casi relativi alla turbativa della quiete pubblica, non è affrontata in alcun luogo nella sentenza del giudice Souter .

La conclusione che la mera assenza di adesivi sui capezzoli delle ballerine sia causa di aggressioni sessuali è molto strana, se non assurda. Sullo sfondo di questa decisione si trova una lunga tradizione di pensiero che considera i sex club come fonti di contagio e corruzione, il che spiega perché il giudice non avverta alcuna necessità di dare una solida base empirica alle sue conclusioni .

La nudità nella danza continua a generare complesse questioni relative al Primo Emendamento.¹⁴ Ciò che è più importante ai nostri fini è che l'idea di un diffuso danno pubblico connesso al business del sesso mostra una straordinaria tenacia, e genera restrizioni che non possono essere giustificate da prove solide. Ragionamenti a priori di questo genere sono indizi del fatto che non siamo realmente alle prese con una politica milliana del danno, ma con una variante della politica del disgusto di Devlin .

Le carenze del ragionamento esibito in materia di turbativa della quiete pubblica offrono una varietà di appigli per l'argomentazione costituzionale. L'area della libertà di parola è troppo ristretta per poter fornire un contributo di qualche peso alla tutela di club di questo tipo, perché sono tutt'al più le attività espressive di chi realizza la performance a godere di protezione. La strada del principio costituzionale di eguaglianza non è ancora stata perseguita. Particolarmente promettente è l'estensione ad aree esterne alla casa dell'idea, contenuta in *Lawrence*, della libertà intima. Tale estensione non potrà avere luogo, tuttavia, senza una chiarificazione delle nostre oscure nozioni legali di pubblico e privato .

5. Pubblico e privato: confusione e ancora confusione

In *832 Corporation, Inc., 225 Corporation, Inc., e John Adams Club, Inc., v. Gloucester Township*,¹⁵ la Corte distrettuale federale per il Distretto del New Jersey ha convalidato dei requisiti molto onerosi di zonizzazione e rilascio delle autorizzazioni per locali «per adulti», concentrando l'attenzione sul carattere commerciale, e dunque «pubblico», delle attività in questione. I ricorrenti affermavano che *Lawrence* tutelava l'attività sessuale tra adulti consenzienti all'interno di tali locali (isolati dallo sguardo di chi non facesse volontariamente ingresso nei locali). La Corte distrettuale rifiuta questa interpretazione di *Lawrence*, enfatizzando le parti della sentenza che fanno riferimento alla casa. I giudici liquidano le altre posizioni espresse dal giudice Kennedy affermando: «Sebbene *Lawrence* abbia respinto l'idea che tale libertà fosse specificamente situata all'interno della casa, ha enfatizzato tuttavia la natura privata della condotta», e poi, con una mossa sorprendentemente poco chiara, interpretano «privato» come equivalente a «in spazi privati», con il che intendono che in un luogo simile alla casa, e certamente non in un locale commerciale. Quindi i giudici procedono a illustrare che i club in questione non potevano essere esentati in quanto club privati, poiché le loro procedure di tesseramento e ammissione non erano altamente selettive (erano infatti pubblicizzate su internet), e dunque i club rientravano nella definizione generale di «esercizio pubblico» .

Come già dimostrato dai casi relativi ai giocattoli erotici, le ambiguità di Lawrence generano confusione. Analogamente, in un caso relativo a un club sadomaso di New York (e riguardante le condizioni in presenza delle quali un proprietario può sfrattare un affittuario), i ricorrenti (*Evening of the Unusual, Inc.*) sostengono che la condotta sessuale consensuale, nella misura in cui non è dannosa per altri e non implica disordine o prostituzione, è un comportamento tutelato che non può essere addotto come causa di sfratto.¹⁶ La Corte civile della città di New York, nella contea di New York, ritiene che il comportamento in questione non sia «privato», e dunque non sia protetto perché ha luogo in un «locale commerciale».¹⁷

La legge non contiene una sola distinzione pubblico/privato, ma diverse. Abbiamo già incontrato:

1. .Una distinzione tra condotta che rientra in una sfera protetta di determinazione personale e altre aree di condotta: Lawrence usa il termine «privata» per la prima .

2. .Una distinzione tra condotta che ha luogo in un luogo protetto («la casa»? altri luoghi analoghi?) e luoghi non protetti. (Stanley fa di questo un elemento rilevante rispetto alla legalità o meno dell'uso di pornografia; Lawrence suggerisce, in modo poco chiaro, che potrebbe essere rilevante per la tutela della condotta sessuale intima.) Nel discutere i problemi che derivano dal riferimento alla casa come paradigma del «privato» abbiamo introdotto un'ulteriore distinzione, implicita se non altro in molte situazioni giuridiche:

3. .Una distinzione tra la condotta rivolta a sé, che coinvolge solo gli interessi e i diritti di persone consenzienti, e la condotta che - nel senso indicato da Mill - è rivolta all'altro, riguardando gli interessi di persone non consenzienti .

Abbiamo anche argomentato che questa distinzione, per quanto non sia strettamente associata alla distinzione (2), è però connessa a una distinzione ulteriore:

4. .Una distinzione tra la condotta che avviene in modo riservato rispetto alla presenza di parti non consenzienti e la condotta che non è riservata, ma tocca gli interessi di persone non consenzienti (la prima è «privata», mentre la seconda è «pubblica») .

La distinzione legale tra «turbativa privata» e «turbativa pubblica» suggerisce una quinta ipotesi:

5. Una distinzione tra un evento che si ripercuote sui diritti di un individuo (il quale può dunque intentare una causa per il risarcimento del danno o la cessazione dell'attività dannosa), e un evento che interessa i diritti di membri della comunità più estesa, in modo tale che abbia più senso affidare al governo il compito di controllare la turbativa, che non riconoscere a ciascuna persona coinvolta il diritto di agire in giudizio per il risarcimento del danno .

Questa distinzione non è identica alla (3) o alla (4), poiché una turbativa privata spesso non implica alcuna situazione di riservatezza ed è definita dall'idea di un danno; la condotta in questione deve essere rivolta all'altro nel senso indicato da Mill, e dunque non è riservata nel senso rilevante per la distinzione (4). Il disturbo dell'ordine pubblico, come abbiamo detto, è a sua volta quasi sempre rivolto all'altro, implicando un danno a persone non consenzienti .

Infine dobbiamo introdurre una sesta distinzione: 6. Una distinzione tra «esercizio pubblico» e struttura privata. Gli esercizi pubblici tipicamente includono hotel, pensioni, ristoranti, sale cinematografiche, negozi, mezzi di trasporto, musei, biblioteche, scuole, palestre, e molti altri luoghi di questo tipo. Nell'altra categoria si troverebbero invece club privati di vario genere .

È importante osservare che questa distinzione è diversa da tutte le altre. Un esercizio «privato» non implica necessariamente attività protette di carattere intimo: in genere la distinzione tra i due tipi di luoghi viene operata guardando alla selettività dei criteri di ammissione, anziché ai tipi di attività coinvolti. Un esercizio «pubblico», d'altra parte, può coinvolgere comportamenti intimi: attività commerciali legate al sesso che siano abbastanza grandi e poco selettive da potersi definire «pubbliche» costituiscono un esempio paradigmatico. Per quanto riguarda la terza distinzione, un locale privato in genere ospita solo soggetti adulti consenzienti, anche se non sempre (i bambini sono presenti in un country club privato, per esempio). Ma di certo non è vero che una struttura legalmente definita come esercizio pubblico includa sempre persone che non hanno acconsentito ad assistere agli atti che si verificano al suo interno. Ancora una volta, i sex club e le saune sono esempi di attività commerciali che accolgono solo quanti decidono di assistere o partecipare a determinate attività. Inoltre, sebbene siano «pubblici» nel

senso di valere (spesso, se non altro) come «esercizi pubblici», essi possono essere - e in genere sono - al riparo da sguardi indiscreti .

Qual è l'oggetto della distinzione tra un esercizio pubblico e un locale privato? Un ruolo fondamentale di questa distinzione è tracciare dei confini rispetto alla portata delle leggi antidiscriminazione. Tipicamente, un locale privato come un piccolo club per soli membri sarà al riparo dall'accusa di aver violato misure antidiscriminazione in ambiti quali la disabilità, l'orientamento sessuale eccetera. Un esercizio pubblico dovrà invece adeguarsi a tali regole. Esiste dunque una giustificazione logica per un significativo allargamento della definizione di esercizio pubblico: una società che si rispetti vuole proteggere i suoi membri da discriminazioni di questo tipo anche quando si trovano in luoghi frequentati solo da adulti consenzienti. Così è giusto che qualsiasi attività commerciale di una certa dimensione abbia rampe di accesso per le sedie a rotelle, indipendentemente dal fatto che vi si svolgano attività che hanno un impatto su persone non consenzienti .

Dovrebbe essere ovvio che il fatto che qualcosa sia definito come un esercizio pubblico ai fini della disciplina antidiscriminazione non ha nulla a che vedere con la giustificazione logica per regolare (o non regolare) le condotte sessuali, giustificazione che tipicamente (quando è ragionevole) deriva dalla nostra terza e quarta distinzione. Molti locali hard non prevedono onerosi meccanismi di selezione della clientela; ma richiedono una tassa d'iscrizione, e in questo e altri modi (registrazione, domanda di ammissione) essi garantiscono che gli atti che hanno luogo all'interno dei locali siano rivolti a sé nel senso indicato da Mill. Le corti, tuttavia, hanno continuamente utilizzato il fatto che un locale sia in senso tecnico un esercizio pubblico per giustificare un giro di vite sulle attività consensuali che si svolgono al loro interno .

Un primo punto di riferimento in questo senso è *Paris Adult Theatre I v. Slaton* (1973),¹⁸ un caso riguardante la proiezione di due film presumibilmente osceni di fronte a un pubblico di adulti consenzienti (e con l'adozione di misure ragionevoli per escludere la presenza di minori). La Corte si appoggiò pesantemente a *Stanley v. Georgia*, dove l'equazione tra «privato» e casa aveva definito una zona privilegiata per assistere a questo genere di materiale, associando la

privacy alla nostra seconda distinzione. I giudici argomentarono che nessun esercizio commerciale, per quanto attento a escludere le persone non consenzienti, poteva essere considerato come «privato» nel senso rilevante per il caso. «L'idea di un diritto alla "privacy" e quella di un esercizio pubblico sono, in questo contesto, mutualmente esclusive» scriveva la maggioranza. Questo caso è stato in seguito utilizzato, a sua volta, a sostegno di varie politiche punitive dirette ai locali per adulti. La chiusura delle saune a New York nel 1986 fu difesa facendo appello alla distinzione tra «casa privata» ed «esercizi commerciali» e invocando Paris Adult Theatre .

Le confusioni ingenerate dalla sequenza Griswold-Lawrence di casi sulla privacy si ripercuotono su un'ampia gamma di casi e ostacolano un serio ragionamento su quale genere di condotta dovremmo decidere di proteggere .

6. Una politica razionale: riservatezza e riferimento al sé i Quale forma potrebbe avere una politica pubblica razionale in questo ambito? Concentriamoci su questioni costituzionali e vediamo dove ci portano. Prima di tutto, laddove sia in discussione una performance erotica dovremmo riconoscere la saggezza dell'analisi del giudice Posner e concludere che la nudità costituisce un elemento espressivo di alcune forme di danza ed è perciò protetta dal Primo Emendamento. Un bando sulla nudità in pubblico è quindi incostituzionale a meno che non preveda delle eccezioni per l'attività espressiva .

Fuori dal contesto della performance, un approccio desiderabile sarebbe quello di adottare la distinzione milliana tra condotta verso di sé e condotta verso l'altro come discriminante per la tutela della condotta sessuale intima e della nudità a essa associata (distinzione 3), e di riconoscere che la riservatezza (distinzione 4) è spesso un buon indicatore del comportamento rivolto a sé. Il cosiddetto diritto alla privacy dovrebbe essere interpretato alla luce di queste due distinzioni. In altre parole, Lawrence potrebbe essere interpretato in modo estensivo, come vogliono i ricorrenti in 832 Corporation, in modo da tutelare la condotta consensuale e riservata tra adulti, anche quando abbia luogo in un locale che è commerciale - e dunque da definirsi come «esercizio pubblico» ai fini della disciplina antidiscriminazione. Se reati (aggressioni sessuali, furto, prostituzione - sebbene io ritenga che quest'ultima non debba essere un reato) hanno luogo all'interno di

tale locale, la polizia dovrebbe assicurare il rispetto della legge. Ma non dovrebbe penalizzare l'attività commerciale con regolamentazioni onerose o con «espropriazioni» senza indennizzo .

La zonizzazione può essere utilizzata per distinguere le aree residenziali da quelle commerciali, ma il ricorso a essa per sospendere le attività commerciali legate al sesso in zone economicamente marginali o in aree di condotta pericolosa è probabilmente incostituzionale (in base all'interpretazione estensiva del diritto alla privacy qui adottata). Proprio come in Cleburne, dove un piano di zonizzazione che escludeva una casa per persone affette da ritardo mentale fu ritenuto privo di basi razionali e motivato solo da ostilità (si veda il secondo capitolo), così anche qui: i tentativi di segregare in zone specifiche librerie per adulti e altre attività commerciali collegate dovrebbero probabilmente essere ritenuti privi di un fondamento razionale - a meno che non si riesca a formulare un'argomentazione migliore di quelle che abbiamo ascoltato finora .

Le preoccupazioni circa la diffusione di malattie, nella misura in cui sono ragionevoli, possono essere affrontate stabilendo che tutti i locali per adulti debbano esibire in luogo visibile degli avvisi relativi all'Hiv e ad altre malattie sessualmente trasmissibili, e che forniscano preservativi a tutti coloro che intendano farne uso. Al di là di questo, tuttavia, la decisione di correre un rischio sanitario attraverso l'attività sessuale dovrebbe essere trattata come qualsiasi altra decisione di mettere a rischio la propria salute - mangiando troppo, fumando o scalando montagne: una decisione rimessa all'individuo, criminalizzabile solo quando viola i diritti di un altro. (Los Angeles richiede che le saune ottengano licenze sanitarie al costo di mille dollari l'anno, che acconsentano a visite quadrimestrali, e che offrano test per l'Hiv sul posto. La municipalità richiede anche che per disincentivare il sesso ad alto rischio siano presenti segnali, preservativi, e illuminazione adeguata. Queste regolamentazioni sembrano spingersi fin dove è lecito che la legge si spinga, e alcune di esse - la costosa licenza, i costosi test per l'Hiv sul posto - potrebbero andare troppo in là.) Ci siamo occupati di club che lasciano fuori i non consenzienti mediante una politica di ammissioni. Ma che dire del sesso nei bagni pubblici, o nei boschi, o nei parchi - luoghi spesso riservati ma che comportano un rischio di imposizione della condotta a persone non consenzienti? Tali

luoghi sono spesso imposti per il sesso tra uomini gay e la criminalizzazione di ogni attività sessuale in questi siti spesso conduce a un comportamento inquisitorio, compresa l'imboscata, da parte della polizia; dunque per il millennio sarebbe opportuno guardare con scetticismo a questa riduzione dello spazio a disposizione delle persone per l'attività sessuale consensuale, proteggendo allo stesso tempo il pubblico - e specialmente i bambini - da ogni offesa diretta .

Una politica ragionevole fu quella adottata dalla polizia di stato del Massachusetts. Nel 2001, una direttiva raccomandò alla polizia di non impedire alle persone di incontrarsi con finalità sessuali nelle aree di sosta stradali. Se l'attività è adeguatamente riparata dallo sguardo pubblico, la polizia non deve interferire: il test consiste nel verificare se vi sia un «rischio sostanziale» che la condotta possa essere osservata da un passante casuale. L'aspetto più importante della misura è che gli agenti non possono chiedere a qualcuno di allontanarsi dalla zona solo perché pensano che la persona abbia intenzione di compiere un'attività sessuale (spesso le persone usano queste aree per incontrare gente con cui avere in seguito rapporti sessuali in un luogo più riservato) .

La città di Amsterdam, in Olanda, ha di recente autorizzato le attività sessuali nel Vondelpark, e sembra che questa politica sarà presto estesa a tutti i parchi pubblici della nazione. Il testo che accompagna la misura fa notare che gran parte di queste attività si svolgono in luoghi riservati e non causano «alcuna turbativa concreta»; qualora vi fosse un comportamento visibile dalla pubblica via, esso non sarebbe tutelato dalla nuova legge. Inoltre, i preservativi devono sempre essere rimossi, nessuna attività sessuale può avere luogo nelle vicinanze di parchi giochi per bambini, e l'autorizzazione copre solo le ore serali e notturne. Una ragione esplicitamente citata a favore di questo cambio di politica è che la regolamentazione del sesso nel parco, anziché il semplice divieto, aiuta la comunità intera a tutelare le persone gay dagli attacchi omofobi che spesso prendono di mira i gay quando c'è motivo di ritenere che essi non vorranno o non potranno chiedere aiuto alla polizia .

Il disgusto, per come lo abbiamo osservato in questo lavoro, è una forza inaffidabile che maschera molte forme di stigma e gerarchia. Ho sostenuto che il disgusto può costituire una base adeguata per l'attività legislativa quando opera in modo simile al danno, secondo le linee

guida tracciate nella tradizionale disciplina giuridica sulla turbativa. In un'altra famiglia di casi nei quali esista un contatto sensoriale diretto ma senza danno fisico evidente (masturbazione in pubblico, attività sessuale al cospetto di spettatori involontari), la comunità può avere titolo a restringere per via legislativa la condotta, poiché l'elemento dell'imposizione involontaria avvicina l'offesa in questione al primo gruppo di casi. In altri casi ancora, il disgusto può rappresentare una strada verso una restrizione legale che può essere meglio difesa sulla base del danno arrecato ad altri non consenzienti: così, leggi contro il consumo di carne canina o contro il sesso con animali sono leggi accettabili perché tutelano gli animali, e il disgusto ottiene il risultato giusto senza dover convertire persone ottuse alle quali non importa della crudeltà sugli animali. Dovremmo tuttavia guardarci dal fare riferimento al disgusto in questi casi, poiché il fatto che il disgusto vi consegua risultati condivisibili potrebbe rafforzare la nostra predisposizione a farvi affidamento anche quando esso non si riferisce al danno procurato ad altri .

Infine esiste il gruppo molto ampio di casi nei quali non esiste alcun disturbo sensoriale, ma solo quello che Mill chiamava un danno «puramente costruito», suscitato dal pensiero di ciò che sta avvenendo dietro la porta chiusa di qualcun altro. Ho argomentato che questi casi non sono mai legittimamente regolati dal diritto, e certamente non quando è in gioco un diritto fondamentale di scelta intima individuale che abbiamo già stabilito di tutelare in base al giusto processo sancito dal Quattordicesimo Emendamento. Il presente capitolo ha suggerito che, nonostante le apparenze, molti casi di sesso «pubblico» rientrano in questa categoria - laddove non vi sia un'imposizione a parti non consenzienti - e che le scelte sessuali coinvolte devono probabilmente essere ritenute costituzionalmente protette .

Gli Stati Uniti non sono una nazione milliana. Nozioni di moralità pubblica controllano ancora buona parte della nostra riflessione giuridica negli ambiti della nudità pubblica e del sesso in pubblico. Tuttavia, il mio punto di vista è che ci sarebbe molto utile comprendere se non altro quanta parte della nostra tradizione di disgusto verso le attività commerciali a carattere sessuale è motivata da idee oscure sul sesso extraconiugale come causa di contaminazione, una malattia che si diffonde nella comunità. La politica del disgusto ci ha impedito di

riflettere chiaramente e di individuare buone ragioni per decidere ciò che dovremmo o non dovremmo regolare. Un altro motivo per cui la riflessione è stata così negligente in quest'area è costituito dal concetto confuso della privacy e dei suoi limiti, e credo che faremmo molto meglio a osservare le distinzioni evidenziate qui anziché scivolare in modo irrazionale da una definizione di «privato» all'altra .

Se riuscissimo a chiarire tutte queste zone di confusione, potremmo rimanere con alcune importanti ragioni non milliane a favore della regolamentazione delle attività commerciali legate al sesso; oppure, come penso sia molto più probabile, vedremmo che tutte le ragioni non milliane sono ramificazioni della politica del disgusto, e apprezzeremmo la saggezza dei limiti individuati da Mill .

Conclusione

Dopo il disgusto?

Io sono colui che a forza d'insulti sprona uomini, donne, nazioni, gridando: Su, alzatevi in piedi, e lottate per le vostre vite!

WALT WHITMAN, Presso la sponda dell'azzurro Ontario

Il mio nome è Harvey Milk, e sono qui per reclutarvi .

HARVEY MILK, politico e attivista

Sarebbe bello poter pensare che oggi gli Stati Uniti non siano più una nazione nella quale esiste un disgusto diffuso nei confronti di un altro gruppo di esseri umani. Nel contesto delle relazioni razziali abbiamo fatto straordinari e meravigliosi passi avanti dalla politica del disgusto alla politica dell'umanità. Io sono stata cresciuta da un padre (proveniente dal profondo Sud degli Stati Uniti) - un uomo di elevata cultura, socio di un importante studio legale di Philadelphia - che credeva seriamente che per un bianco fosse antigienico e contaminante bere da un bicchiere o servirsi di una toilette già utilizzati da un nero. Quelle idee di contagio e contaminazione, un tempo sanzionate per legge - nel regime segregazionista «Jim Crow» che prevedeva la separazione delle fontane, delle piscine, dei banconi dei ristoranti - sembrano davvero essere tramontate. Senza dubbio alcuni di coloro che hanno votato per il presidente Obama lo hanno fatto pur mantenendo queste idee, semplicemente perché pensavano che egli rappresentasse la scelta migliore in fatto di programmi politici, e non c'è dubbio che alcuni di coloro che gli hanno votato contro lo abbiano fatto perché è nero. Ma queste attitudini sono sempre più rare, e nella prossima generazione, i bambini che cresceranno prendendo a modello Sasha e

Malia Obama probabilmente ne saranno del tutto privi. In quest'area, è stata la legge a indicare la strada, difendendo gli eguali diritti degli afroamericani molto prima che gli americani avessero raggiunto un consenso in materia razziale. Con il tempo, i diritti di associazione garantiti dalla legge hanno cambiato il modo in cui le persone vivevano insieme.

Una trasformazione analoga sta lentamente avanzando nella sfera dell'orientamento sessuale, ma il processo è ancora incompleto. Molti americani tuttora rifuggono gay e lesbiche, considerandosi in qualche modo contaminati da loro. Ma le nozioni di contaminazione e contagio sono contrastate dalle forze dell'immaginazione e dell'umanità. In questo contesto, a differenza di quello razziale, la legge è stata relativamente lenta a tutelare l'eguaglianza dei diritti, e l'impulso verso una politica dell'umanità è provenuto, più spesso, dalle amicizie tra giovani e - forse soprattutto - dalle arti, le quali ci hanno offerto modelli di dignità, eguaglianza e gioia che non possono non agire sull'interiorità delle persone in direzioni che promuovono il cambiamento. Ralph Ellison definiva il suo romanzo Uomo invisibile «una zattera di speranza, intuizione e intrattenimento» grazie alla quale l'America avrebbe potuto superare «i tronchi vaganti e i mulinelli» che si frappongono tra noi e il nostro ideale democratico.¹ Ciò che Ellison intendeva, credo, era che queste tre caratteristiche dovessero procedere insieme. Lo spettacolo rende la percezione possibile: il piacere predispone le persone ad accogliere la presenza di un altro individuo nelle proprie menti e nei propri cuori. La presenza di un corpo con una pelle di un colore diverso scivola nella nostra mente così amabilmente che non ci fermiamo a pensare in termini di contaminazione. E questa possibilità di empatia, a sua volta, genera speranza. Le arti ci hanno consegnato molte rappresentazioni potenti delle vite di gay e lesbiche, e tutti - gay e eterosessuali - siamo stati cambiati da quelle immagini.

Particolarmente significativo è stato il recente successo di pubblico e critica di Milk, il film di Gus Van Sant ispirato alla vita del politico californiano Harvey Milk. Abbiamo potuto vedere spettatori di ogni età e provenienza parteggiare per un eroe gay - e non, come nel caso dei Segreti di Brokeback Mountain, per eroi disperati e intrappolati. Quella di Harvey Milk è una storia di successo. Era competente, ampiamente rispettato, dinamico. Era anche un essere

umano gioioso, la cui generosità contagiosa e il cui buonumore cambiarono altre persone (per questo era così minaccioso per l'uomo tormentato che in seguito gli avrebbe sparato). Ogni genere di pubblico nei cinema lo acclama quando compete per diventare il primo uomo apertamente gay a essere eletto a un pubblico ufficio in California. La gente lo segue con simpatia anche nei suoi tentativi di trovare l'amore e di tenerlo in equilibrio con l'impegno politico. Il pubblico esulta interiormente persino di fronte allo slogan altamente sovversivo con cui Milk, prendendosi gioco della politica del contagio e della contaminazione, apriva tipicamente i propri interventi: «Il mio nome è Harvey Milk, e sono qui per reclutarvi». L'idea del «reclutamento», usata dalla politica del disgusto per riferirsi alla contaminazione e alla cooptazione in uno stile di vita ripugnante, viene qui completamente ribaltata: non «sono qui per contagiare e diffondere la mia malattia», ma «sono qui per chiedervi di unirvi a un movimento per la libertà e l'inclusione». Sono qui per reclutarvi alla politica dell'umanità, allo sforzo per ottenere eguale dignità e la possibilità di cercare la felicità. A sua volta, il film recluta il pubblico, e la reazione a questa sollecitazione suggerisce che un vasto numero di americani vuole essere reclutato proprio in quel modo - in una lotta per la giustizia, in una rivendicazione di eguaglianza. Posso assicurarvi che una volta, non molto tempo fa, molti degli uomini eterosessuali di mia conoscenza si sarebbero ritratti da uno slogan di quel genere con paura e un senso di contaminazione. Il fatto che così tanti oggi reagiscano in modo pacato e positivo ci dice molto a proposito di noi stessi.

Il film serve come promemoria sul passato della politica dell'orientamento sessuale e come indicatore della sua direzione attuale. Esso ricorda agli spettatori la repressione e la stigmatizzazione - e naturalmente, nel suo tragico climax, la violenza - che si abbatteva su gay e lesbiche, e che spesso vi si abbatte tuttora. Ma ci ricorda anche del cammino che la società americana ha compiuto da allora. Gli spettatori del film assistono a un periodo anteriore all'abolizione delle leggi antisodomia, prima che le leggi antidiscriminazione si diffondessero e che la questione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso fosse anche solo all'ordine del giorno. La stessa collocazione temporale delle nostre controversie attuali costituisce una ragione di ottimismo.

Ancora più ricco di speranza, in un certo senso, è lo straordinario ritratto di Harvey Milk consegnatoci da Sean Penn, un'interpretazione per la quale ha vinto un Oscar e uno Screen Actors Guild Award. Gli attori maschi eterosessuali e machisti tendevano a declinare ruoli che li vedessero interpretare personaggi gay, e le idee di disgusto e contaminazione giocavano un ruolo fondamentale nell'allontanarli da tali ruoli. Anche se non si sentivano personalmente contaminati dall'atto di accogliere quella persona nel cuore, nella mente e nel corpo (e senza dubbio molti provavano invece tale sensazione), il loro pubblico avrebbe certamente avvertito che l'immagine di quella star maschile si copriva, da quel momento in poi, di una macchia vistosa. Altre star maschili avevano infranto la barriera, ma raramente con la combinazione di sessualità esplicita e pura felicità che Penn ha esibito, una felicità che costituiva forse l'aspetto più radicale e minaccioso di Harvey Milk. Un uomo gay poteva essere innocuo se era puro o dimesso; o se era un fallito, come uno degli incompetenti sesso-dipendenti di Devlin; o se era tormentato e soffocato, come i personaggi dei Segreti di Brokeback Mountain. Ma Milk, nell'interpretazione di Penn, non era niente di tutto questo. La sua rivendicazione non era di pietà (compatibile con il disgusto), ma di rispetto e gioia condivisa: Milk chiaramente godeva del fatto di essere se stesso e conduceva una vita soddisfacente dedicata a molti obiettivi diversi. E questa immagine dell'uomo gay è davvero minacciosa per la politica del disgusto. Penn, il cui carattere mascolino suggerisce in genere una rabbia celata pronta a esplodere, ha scoperto dentro di sé doti di sensualità, giocosità, e gioia esuberante, e ha offerto quella che a me sembra essere di gran lunga la sua interpretazione più sexy. Il fatto che un uomo eterosessuale consenta alla mente e alla sessualità di un uomo gay di entrare in lui costituisce il più decisivo rifiuto della politica del disgusto che si possa immaginare .

Dunque la politica dell'umanità sta facendo dei passi avanti. E tuttavia, nelle nostre dolorose battaglie sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, il disgusto gioca ancora un ruolo silenzioso. E nel nostro atteggiamento verso le saune gay e il sesso «pubblico», gioca ancora un ruolo, sfrenato .

Gran parte della forza che sostiene la politica dell'umanità deve provenire da un ampio mutamento sociale. In tutto questo, dov'è la

legge? Nel contesto delle relazioni razziali, come ho detto, la legge ha preso l'iniziativa e il cambiamento sociale le ha fatto seguito. Nella politica dell'orientamento sessuale il diritto - e certamente il diritto costituzionale - ha fatto strada in modo più cauto e in alcuni casi è rimasto indietro. Ma il diritto non è stato affatto una forza insignificante. Il diritto costituzionale esprime il nostro senso più profondo, come società, di cosa siano la libertà e l'eguaglianza; di cosa significhi avere dei diritti fondamentali; di cosa voglia dire avere alcune aree protette di libertà ed eguaglianza considerate intrinseche alla stessa idea di dignità umana. Se intrattenimenti come Will & Grace e Milk cambiano i cuori, il linguaggio vibrante e le posizioni espresse nei casi Lawrence e Romer mutano le strutture istituzionali al cui interno condividiamo le nostre esistenze quotidiane, esprimendo un senso inclusivo di rispetto per le persone e impegnando la nazione alla difesa di alcune zone di libertà e non-discriminazione per tutti .

Il diritto deve fare ancora molto, prima che il progresso in atto in questo contesto possa avvicinarsi a un compimento. La nozione di privacy articolata in Lawrence e nei casi collegati è confusa e genera ulteriore confusione. È necessario compiere del lavoro per separare le nozioni costitutive di quella nozione e per prevedere una tutela dei comportamenti consensuali riservati che hanno luogo al di fuori della casa. La disciplina antidiscriminazione è attualmente frammentaria e locale: è necessario un testo legislativo antidiscriminazione a livello federale che faccia per l'orientamento sessuale ciò che il Titolo VII ha fatto per il genere. (E a quel punto sarà necessario ancora molto lavoro legale in sede di interpretazione della legge, per fare in modo che le sue tutele rimangano robuste.) Nell'area del matrimonio, il massimo cui possiamo attualmente aspirare è un approccio sperimentale Stato per Stato che potrebbe, nel tempo, riuscire a ridurre la resistenza in altri stati. Già adesso, tuttavia, l'intrusivo Defense of Marriage Act, il quale impedisce a qualsiasi Stato di introdurre una forma solida di matrimonio tra persone dello stesso sesso con diritti eguali a quelli propri del matrimonio tra persone di sesso diverso, dovrebbe essere abolito. La speranza è che il presidente Obama sia coerente con la sua opposizione a questa legge ispirata dall'odio .

Walt Whitman non aveva una gran considerazione della legge. «Mantenere uniti gli uomini in virtù di carte, sigilli, obblighi, a nulla

serve» scriveva. «Sa mantenere uniti gli uomini ciò che aggrega ogni cosa in un vivo principio», e continuava affermando che solo i poeti, e non i giudici, potevano offrire quel «qualcosa».2 Qui, io credo, Whitman sottovalutava la forza sociale di «carte e sigilli». Perché carte e sigilli - sebbene necessitino certamente di applicazione affinché siano qualcosa di più che parole sulla carta - hanno tuttavia un forte potere espressivo e un valore nobilitante. Di solito, hanno anche una grande efficacia pratica. Non dovremmo però pensare che il cambiamento giuridico possa determinare di per sé un cambiamento sociale. Non è accaduto nel caso della razza, e non accadrà in questo. La legge, tuttavia, può stabilire dei parametri che esprimono eguale rispetto, proibire alcune situazioni odiose e garantire a tutti i cittadini eguaglianza da parte delle leggi esistenti. In questo modo il diritto protegge i diritti dei vulnerabili e invia alla società intera il messaggio che la libertà e l'eguaglianza sono per tutti .

Note

Prefazione

1 Savin-Williams (1998), p. 52 .

2 .Ivi, pp. 74-75 .

3 .Vedi Devlin (1965); Kass (1997); per ulteriore materiale si veda Kass (2002), cap. 5 .

4 .Questa parte dell'analisi attingerà al mio Nascondere l'umanità (Nussbaum, 2004) .

5 .Si veda Nussbaum (1999), pp. 213-239 .

6 .In un famoso passaggio della sua Teoria dei sentimenti morali (Smith, 1759), Smith parla della reazione di un «uomo di umanità» in Europa alla notizia di un terremoto in Cina, dove «umanità» indica la capacità di immaginare la catastrofe e i suoi effetti sulle persone coinvolte e partecipare della loro esperienza. Un esempio caratteristico dell'uso che Cicerone fa del termine è in una lettera ad Attico a proposito del matrimonio infelice di suo fratello Quinto con la figlia di Attico, Pomponia. Dopo aver raccontato un bisticcio coniugale che, come al solito, attribuisce all'insensibilità di Pomponia verso la situazione e i bisogni del marito, Cicerone chiede «vedi quanto (Pomponia) manca di umanità}» .

7 Si veda in proposito la discussione più ampia in Nussbaum (2007a), pp. 5-97 .

8 Martha Nussbaum scrive di aver vissuto un'esistenza closeted (reclusa), e parla di un closet (armadio, sgabuzzino) di ignoranza imposta e di un closet di occultamento personale. Il gioco di parole ruota intorno al fatto che coming out of the closet, o più brevemente coming out [uscire dall'armadio, uscire allo scoperto] è l'espressione con cui si indica la dichiarazione pubblica della propria omosessualità. [N.d.T.]

1. La politica del disgusto

1 .In un'occasione Cameron ha sostenuto che le statistiche permetterebbero di concludere che le lesbiche avrebbero una probabilità trecento volte maggiore rispetto alle donne eterosessuali di morire in un incidente stradale. L'aspettativa di vita delle lesbiche in America, ha affermato altrove, è di soli 45 anni (contro gli 80 delle donne eterosessuali) .

2 .LaBarbera e Smith (2007) .

3 .Si veda anche Cameron (1989), pp. 1167-1179, ove l'autore sostiene che «nel corso dell'ultimo anno» un quarto degli omosessuali danesi abbiano avuto rapporti sessuali «con omosessuali americani in vacanza o durante viaggi negli Stati Uniti», e mette in relazione questo dato ipotetico con la diffusione intercontinentale di una serie di malattie, dall'Hiv all'amebiasi .

4 .Cameron (1994) .

5 .Si veda Dover (1978, 1989), dove l'autore mostra che una parte considerevole delle pitture su vaso che rappresentavano rapporti eterosessuali nell'antica Grecia raffiguravano rapporti anali .

6 .Cameron (1994) .

7 .Cameron, citato in Holthouse (2005) .

8 .Psychological Reports sembra essere in sostanza una rivista su cui si pubblica a pagamento. Tutti gli autori devono pagare una certa somma, che solitamente si aggira intorno ai ventisette dollari per pagina, per la pubblicazione dei propri articoli. In teoria quelle cifre sono per le «anteprime» degli articoli, ma non è una politica editoriale comune quella di costringere gli autori a comprare estratti o anteprime, quindi in realtà si tratta di una tassa da pagare per la pubblicazione .

9 .Holthouse (2005) .

10 .Ivi .

11 .Ivi .

12 .Le diverse conferenze di Devlin sull'argomento sono raccolte in un volume che ha il titolo della sua lezione più famosa: The Enforcement of Moráis (Devlin, 1965). La posizione di Devlin sui rapporti omosessuali è in realtà complessa: egli era a favore del mantenimento del più grave reato di buggery (sodomia) ma

dell'abolizione di una legge più recente, emanata nel 1885, che puniva altri tipi di contatto sessuale, gross indecency (volgarità oscene), tra uomini, tranne nel caso in cui fossero coinvolti dei minori. La sua argomentazione verteva sul fatto che prendere di mira la sodomia avrebbe assicurato che solo i reati «chiari e flagranti» sarebbero stati puniti (pp. v-vi) .

13 .Devlin (1965), p. 111. La crudele menzogna secondo la quale i gay non sarebbero in grado di difendere il proprio Paese è dimostrata dalla vita e dalla morte di Alan Turing, che contribuì significativamente alla vittoria dell'Inghilterra decifrando il codice Enigma, e probabilmente abbreviando la Seconda guerra mondiale di un paio d'anni. Turing trascorse gran parte della propria vita perseguitato dalla polizia per rapporti omosessuali consensuali; fu accusato in base al Gross Indecency Act e condannato a sottoporsi a una «terapia» ormonale. Morì, forse suicida, poco prima della pubblicazione del libro di Devlin .

14 .Ivi, p. 15 .

15 .Kass (1997), p. 19 .

16 .Ibidem .

17 .Ivi, pp. 18-19 .

18 .Ivi, p. 18 .

19 .La mia analisi in questa sezione è simile a quella che ho sviluppato in modo più approfondito nel secondo capitolo di Nascondere l'umanità (Nussbaum, 2004) .

20 .Le pubblicazioni di Rozin sono molte, ma si veda in particolare «Disgust», in Lewis e Haviland- Jones (2000), pp. 637-653, sintesi della sua ricerca ricca di riferimenti bibliografici. La mia discussione in Nascondere l'umanità (Nussbaum, 2004) cita altri studi più dettagliati e i lavori di altri psicologi .

21 .Alcune di queste sensazioni potrebbero avere a che fare con lo scetticismo rispetto all'effettiva rimozione del pericolo; altri potrebbero essere scatenati da ricordi, per esempio, quello di uno scarafaggio immerso nel succo di frutta. Alcuni di questi casi di disgusto potrebbero essere difesi in quanto sostanzialmente razionali, tuttavia, un'argomentazione del genere non è sufficiente a riqualificare il disgusto come affidabile .

22 .Rozin non ha mai espresso questa idea; io l'ho suggerita in Nascondere l'umanità (Nussbaum, 2004) nel difendere la sua tesi fondamentale .

23 .Si veda Goffman (1963) .

24 .Si veda la brillante analisi in Miller (1997), pp. 109-142 .

25 .Weininger (1992), p. 385 .

26 .Inbar, Pizarro, Knobe e Bloom (2009), pp. 435-439 .

27 .Se proseguissimo questo ragionamento, tuttavia, dovremmo ammettere che molte misure che ora tolleriamo nei confronti di altri animali causano danni simili a quelli che abbiamo proibito nel caso dei cani: ancora una volta, il disgusto ci impedisce di porci le domande giuste .

28 .Si veda la mia argomentazione più estesa in Nascondere l'umanità (Nussbaum, 2004) .

29 .Dalit è il modo corretto di riferirsi agli individui che prima erano chiamati «intoccabili» .

30 .Ci si può chiedere per quale motivo i dalit non cambiano il proprio cognome. Questa procedura anagrafica in India è difficile e impegnativa, richiede tempo e un certo grado di esposizione. Le caste superiori deriderebbero i dalit per il cambio di cognome, e le classi inferiori li criticerebbero per mancanza di solidarietà .

Il cognome è il modo principale e l'unico affidabile di riconoscere la casta. I primi due sono nomi dalit, che appartengono in realtà a due prominenti politici dalit: il ministro della Giustizia di Nehru era B.R. Ambedkar, un dalit convertitosi al buddhismo; l'attuale presidente della University Grants Commission, Sukhadeo Thorat, è il figlio dalit di un mezzadro e ha raccontato pubblicamente di essere stato stigmatizzato e scansato dagli altri bambini durante l'infanzia (pur essendo nato nello stesso periodo in cui veniva proclamata la Costituzione indiana). Gli altri due nomi in India sono immediatamente riconoscibili come cognomi di brahmani del Bengali .

32 .Si veda Dover (1978, 1989) .

33 .La Polonia, così come la Russia, al contrario, continua a nutrire un profondo sentimento antigay .

34 .Questa caratteristica è stata notata già da Freud in seguito al suo periodo di insegnamento negli Stati Uniti. Freud suggerì che gli americani avessero incanalato la propria libido verso l'accumulo di

denaro piuttosto che svilupparla in una forma adulta sofisticata. Si veda Ablove (1985- 1986), pp. 59-69 .

2. La politica dell'umanità: religione, razza, genere, disabilità

1 .Si veda Wood (1992). Sul debito di molti pensatori americani verso il repubblicanesimo romano, si vedano Wood (1992) e Nussbaum (2007b), capitolo 3 .

2 .Si veda Pettit (1997) .

3 .King (1963) .

4 .Anthony (1873) .

5 .Come vedremo, le leggi antisodomia erano spesso formulate in modo neutrale, vietando così alcuni comportamenti tanto agli eterosessuali quanto agli omosessuali, tuttavia, la loro applicazione si limitava tipicamente agli omosessuali. Inoltre, tali leggi lasciavano agli omosessuali pochi modi leciti per cercare soddisfazione sessuale, mentre gli eterosessuali avevano diverse opzioni .

6 .Su Williams si veda Nussbaum (2007b), capitolo 2 .

7 Sull'influenza dello stoicismo sui padri fondatori, si vedano Wood (1992) e Nussbaum (2007b), capitoli 2 e 3 .

8 .Per una discussione sul Memorial and Remonstrance di Madison, si veda Nussbaum (2007b), capitoli 2 e 3 .

9 .Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) .

10 .Loving v. Commonwealth of Virginia, 388 U.S. I (1967) .

11 .Citato nell'opinione di maggioranza in Loving v. Commonwealth of Virginia .

12 .United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996) .

13 .Si veda Pettit (1997) .

14 .Milli v. Board of Education, 348 F. Supp. 866 (D. DC 1972) .

15 .City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432 (1985).

16 .In realtà la Corte negò che si trattasse di una classificazione quasi sospetta (come lo è il genere) tale da meritare uno standard «intermedio» - come aveva invece ritenuto il Quinto Circuito .

17 .473 U.S. 450 (1985) .

18 .Ivi, 448 .

19 .Ibidem .

20 .Department of Agriculture v. Moreno, 412 U.S. 528 (1973); vedi capitolo 4 .

21 .Non sorprende che il diavolo sia spesso rappresentato sotto le sembianze di animali che suscitano disgusto, come pipistrelli o insetti .

22 .Questi temi sono sviluppati in maggior dettaglio in Nussbaum (2007a), pp. 5-97, dove sono anche discusse alcune sconcertanti carenze d'immaginazione da parte della Corte nell'anno 2007 sui temi della razza e del genere .

23 .Fried (2007), p. 140. Si noti, tuttavia, che Fried non si è interamente scrollato di dosso una vecchia politica del disgusto, poiché avverte immediatamente il lettore che «tale sforzo dell'immaginazione costringe la persona eterosessuale ad astrarsi dai dettagli fisici del sesso gay e a spingersi verso un'idea più generale del sesso» .

24 .Non esiste forse un tipo di disgusto che opera come alleato di questa sorta di immaginazione simpatetica, per esempio il disgusto verso le persone intolleranti e bigotte? Si tratta di una questione non così 1
ne lunga e complessa, che ho analizzato ampiamente in Nussbaum (2004), capitolo 2. Brevemente: a) In molti di questi casi il termine disgusto è usato in modo generico, e l'emozione in questione è in realtà la rabbia, un'emozione legata alle idee di danno e rettifica, b) Quando non è usato in modo generico, il disgusto non è un'emozione socialmente utile; esso ci intima di evitare il contatto con le persone cattive, di stigmatizzarle, di non rispettarle come eguali, mentre ci comunica la convinzione di essere puri e privi di colpa. Entrambi questi messaggi costituiscono una base molto negativa per la vita politica in una nazione di eguali che hanno punti di vista discordanti .

3. Le leggi antisodomia: disgusto e ingerenza

1 Dall'intervista a Hardwick riportata in Irons (1988), p. 396 .

2 .Mill concepiva tutti gli animali come soggetti a giustizia: per questo, ogni attività che danneggiasse gli animali era potenzialmente soggetta a regolamentazione. Questi principi possono essere facilmente estesi a umani e animali futuri. Meno chiaro è se un principio milliano

possa sostenere la protezione delle specie in pericolo, o una degradazione ambientale che non danneggi gli esseri umani o gli animali. Si veda la mia discussione in Nussbaum (2006), capitolo 6, dove concordo con Mill sul fatto che la questione della giustizia sia pertinente solo alle creature senzienti, ma sostengo che altri principi - intellettuali, estetici, scientifici - potrebbero legittimare norme a tutela delle specie e dell'ambiente. Sebbene Mill non si sia occupato di pratiche sessuali che coinvolgono animali, possiamo usare il suo principio per giustificare le leggi contro la bestialità - sulla base del fatto che l'animale non può mai esprimere consenso in una forma che sia rilevante dal punto di vista delle nozioni legali di consenso elaborate dalla dottrina sull'aggressione sessuale. Una volta concordato che il sesso con gli animali costituisce una forma di danno, tuttavia, saremo portati a chiederci quali altre condotte verso gli animali meritino analoghe restrizioni: un'ulteriore ragione per cui una politica basata sul danno è più meticolosa, mentre una politica basata sul disgusto aggira la ricerca di motivazioni profonde .

3 .Si veda la discussione delle leggi sulla turbativa in Nussbaum (2004), capitolo 3 .

4 .I corridori applicano spesso questo principio quando la città di Chicago durante l'inverno chiude i bagni pubblici adiacenti ai percorsi pedonali per risparmiare il denaro necessario a pulirli. Una pratica comune consiste nell'utilizzare l'area retrostante i bagni chiusi, a indicazione del fatto che la persona avrebbe usato il bagno se non fosse stato stupidamente chiuso .

5 .Barnes v. Glen Theatre, 501 U.S. 560 (1991). Si noti che, per quanto l'opinione di maggioranza si fondasse su considerazioni puramente devliniane, l'opinione concorrente del giudice Souter argomentava che l'esibizione di ballerine nude non è puramente rivolta al sé, poiché crea un'atmosfera di sfruttamento e attività criminale. La sua analisi di questo caso è simile all'argomentazione di Mill (ipotetica) secondo il quale i titolari di case da gioco potrebbero essere soggetti a regolamentazione giuridica .

6 .Il giudice Scalia ha proposto ripetutamente tale lettura, non ultimo in quest'area della legge .

7 La Francia è ben nota per aver messo al bando l'esibizione di simboli religiosi visibili o di grosse dimensioni all'interno delle scuole

pubbliche; ma anche singole città in Belgio e Olanda 184 Disgusto e umanità hanno approvato leggi di questo tipo, per esempio vietando agli impiegati del governo di indossare tali simboli .

8 .Per esprimere la sua posizione in merito a questa differenza, Mill insistette per essere sepolto in Francia .

9 .Le leggi antisodomia rimangono in vigore in alcune parti dell'ex Impero britannico: a Hong Kong, per esempio, le leggi antisodomia, tanto fra persone di sesso diverso quanto tra persone dello stesso sesso, sono ancora formalmente in vigore sebbene siano state ritenute incostituzionali nel 2005 .

10 .Tuttavia, il travestitismo e l'uso di un fallo finto erano considerati una frode: si veda Comp- ton (1980), pp. 22-26 .

11 .La proposta iniziale prevedeva una pena massima di un anno, ma i legislatori ne richiesero una più severa .

12 .Wilde, tuttavia, era in realtà sposato e aveva due figli .

13 La storia del Paragrafo 175 è complicata dal fatto che alcuni stati tedeschi avevano avuto in precedenza, e poi abrogato, le leggi antisodomia (una ragione per la legislazione nazionale); il carattere più tollerante della Germania è illustrato dal fatto che il partito socialdemocratico chiese quasi immediatamente l'abrogazione del Paragrafo 175, e un'ampia varietà di artisti e intellettuali sia gay sia eterosessuali (tra cui Thomas Mann, Martin Buber, Reiner Maria Rilke, Herman Hesse e molti altri) aderì pubblicamente al movimento per l'abrogazione. Wilde, al contrario, non aveva virtualmente alcun difensore non gay (a parte un paio di donne famose) e nessun partito politico si sognò mai di difenderlo. Il Paragrafo 175, benché corroborato dai nazisti, fu riscritto sotto forma di semplice normativa sull'età del consenso nella Germania Est nel 1957, e nella Germania Ovest nel 1969. Ogni distinzione legale tra pratiche eterosessuali e omosessuali fu abolita nell'Est nel 1988 (incluse le differenze in materia di età del consenso) e, a far data dalla riunificazione del 1994, questa uniformità di trattamento si estende all'intera Germania. .

14 Comstock (1991) .

15 .Irons(1988), p. 395 .

16 .La principale organizzazione americana impegnata in attività di informazione, campagna politica e distribuzione di servizi nel campo della salute riproduttiva. [N.d.T]

- 17 .Griswoldv. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) .
- 18 .Roev. Wade, 410 U.S. 113 (1973) .
- 19 .Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923) .
- 20 .Pierce v. Society ofSisters, 210 U.S. 510 (1925) .
- 21 .Olmstead v. U.S., 277 U.S. 438 (1928). Il caso riguardava l'intercettazione di conversazioni telefoniche private .
- 22 .Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972) .
- 23 Faccio qui riferimento a Nussbaum (2002), in Sridharan, Hasan, e Sudarshan (2002), pp. 242- 283. Una versione ridotta del saggio è stata pubblicata con il titolo «What's Privacy Got to Do with It? A Comparative Approach to the Feminist Critique», in Schwarzenbach e Smith (2003), pp. 153- 175. Si veda anche l'eccellente dissertazione sui limiti del concetto in relazione alla libertà sessuale in Thomas (1992), pp. 1431-1516 .
- 24 Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969) .
- 25 .Ad aggravare la confusione è il fatto che due anni dopo, in U.S. v. Reidei, 402 U.S. 351 (1971), la Corte chiari che il caso Stanley non chiamava in causa le leggi esistenti contro la distribuzione di materiale osceno: dunque è possibile utilizzare tale materiale nella privacy della propria dimora, ma praticamente ogni modo di acquisirlo può essere punito .
- 26 .Moore v. East Cleveland, 431 U.S. 494, 503 (1977) .
- 27 .Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325, 236 (1937) .
- 28 .Powellv. Alabama, 287 U.S. 45, 67 (1932) .
- 29 .Tutti i dettagli narrativi di questa sezione sono tratti dall'intervista di Irons (1988) .
- 30 .Si veda Greenhouse (1990). Powell, rivolgendosi agli studenti della New York University, disse: «Probabilmente ho fatto un errore» .
- 31 .Si veda Yoshino (2007), pp. 961-973. In «Lawrence v. Texas: The Fundamental Right that Dare Not Speak Its Name» (Tribe, 2004, pp. 1893-1955), Tribe argomenta che lo stesso principio del giusto processo contiene in sé un elemento di eguaglianza, nella misura in cui è stata utilizzata per invalidare la protezione diseguale di diritti fondamentali .
- 32 .Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) .
- 33 .Bradwell v. Illinois, 83 U.S. 130 (1873) .
- 34 .Minersville v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940) .

35 .Si veda Nussbaum (2007b), capitolo 5 .

36 .West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943) .

37 .Si veda Tribe (2004) .

4. Discriminazione e antidiscriminazione: il caso Romer e l'ostilità

1 .Significativamente, il sito web di Cfv mostra famiglie interrazziali: il Cfv ha sempre cercato di fare causa comune con i gruppi che rappresentano gli interessi delle minoranze razziali, come dimostra la campagna per l'Emendamento 2 .

2 .Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996). Le ordinanze di Denver sono del 1991, quelle di Boulder del 1987, quelle di Aspen del 1977 .

3 .Sebbene Romer compaia come principale parte in causa durante tutte le fasi della battaglia legale sull'Emendamento 2, egli si opponeva al referendum e rimase personalmente impegnato contro la discriminazione .

4 .Murdoch e Price (2002), p. 452 .

5 .Ibidem .

6 .Ibidem .

7 .Corporation of Presiding Bishop v. Amos, 483 U.S. 327 (1987) .

8 .Pamphlet del Cfv: Equal Rights Not Special Rights [Eguali diritti, non speciali diritti] .

9 .Evans v. Romer, 854 P.2d 1270 (Colo.); decisione affermata su altre basi, 517 U.S. 620 (1993, d'ora in poi «Evans I»). Inizialmente il giudice Bayless affermò che una legge pubblica non può 234 Disgusto e umanità «approvare e dare effetto a pregiudizi privati», citando *Palmore v. Sidoli*, 466 U.S. 429 (1984), un caso relativo alla custodia dei figli riguardante una madre divorziata la quale si era risposata con un afroamericano; l'ex marito aveva cercato di sottrarle la custodia sulla base del fatto che il bambino sarebbe stato vittima di pregiudizi sociali. Questo caso, tuttavia, non era d'aiuto ai ricorrenti in quanto riguardava una classificazione basata sulla razza, la quale già offriva un presupposto sicuro per lo standard intermedio. La Corte Suprema del Colorado ebbe ragione a cercare una strategia che permettesse di

ancorare il caso in questione ai tradizionali argomenti a favore dello standard intermedio basati sull'eguaglianza .

10 .Questo fu l'argomento centrale formulato dall'opinione dissenziente per rifiutare l'analisi della maggioranza .

11 .Evans v. Romer, 1993 WL 518586 (Colo. Dist. Ct) .

12 .Si veda l'indirizzo internet <http://www.qrd.org/qrd/usa/colorado/1994/norton.paid.paul.cameron.big.bucks-outfront-08.14.94>.

Sebbene questo particolare resoconto provenga da una pubblicazione vicina ai gay, è risaputo che Norton ammise pubblicamente di aver pagato Cameron una somma di 10 125 dollari. Può essere che vi siano stati altri pagamenti; l'ufficio di Norton non collaborò mai pienamente con la stampa e rivelò quella cifra solo quando il giornalista disse che si sarebbe appellato alla clausola della legge statale sulla libertà di informazione per forzare la divulgazione dei dati. Norton, a quel tempo in corsa per la rielezione, preferì riconoscere la somma di diecimila dollari piuttosto che sottoporsi a un'inchiesta vera e propria .

13 Uno dei più famosi tra questi testimoni era Charles Socarides, analista freudiano e specialista della «terapia della conversione» per l'omosessualità. Socarides non fu mai espulso dall'American Psychological Association, ma fu diffidato per aver rappresentato i propri punti di vista come propri dell'associazione e fu minacciato di querela qualora avesse insistito nel proprio comportamento .

14 .Novak successivamente si unì a me e ad altri studiosi impegnati su entrambi i fronti della questione per sponsorizzare una seria conferenza accademica sul tema dell'omosessualità e dei diritti, da cui è stato tratto un utile volume: vedi Olyan e Nussbaum (1998) .

15 .Deposizione di Harvey Mansfield, 8 ottobre 1993. (Una deposizione è una testimonianza sotto giuramento) .

16 .Evans v. Romer, 882 P.2d 1335 Colo. (1994) .

17 .Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528 (1973). Dal momento che il caso Moreno riguardava un programma federale, e non statale, fu discusso con riferimento al principio di eguaglianza del Quinto Emendamento, e non del Quattordicesimo .

18 .Ivi, p. 534 .

19 .Si veda in particolare Koppelman (1997), pp. 89-146 .

20 .Dunlap (1996) .

21 .Ibidem .

22 .Koppelman riconosce che tale tesi non coglie alcune delle ingiustizie più gravi. Vedi Koppelman (2001), pp. 519-538 .

23 .Frontero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973) .

24 .Rowland v. Mad River School District, 470 U.S. 1009 (1985) .

5. Un diritto al matrimonio?

1 .Mill sta parlando qui della necessità di rendere il matrimonio eguale per i due sessi, ma credo che la sua posizione sia pertinente anche per la nostra discussione .

2 .Come vedremo nel quinto paragrafo, questo è stato esplicitamente sancito nel caso dei detenuti e dei genitori non affidatari che non versano gli assegni di mantenimento per i figli: forse due casi estremi in cui gli stati cercarono di negare il matrimonio ad alcune classi di persone .

3 .Si veda Treggiari (1991). Il suo studio delle iscrizioni lapidarie (tra le altre cose) fornisce una ricca documentazione di ciò che le persone si aspettavano dal loro matrimonio e ritenevano appropriato dire in proposito .

4 .Si veda l'eccellente discussione delle norme matrimoniali in Williams (1999) .

5 .Marco Tullio Cicerone, *Epistulae ad Atticum*, v.l. La traduzione italiana è tratta da *Lettere di M.T. Cicerone* disposte secondo l'ordine dei tempi, 10 voli., Presso A.F. Stella e Figli, Milano 1827, voi. rv, pp. 15-17 (traduzione di Antonio Cesari). Nella nota originale, Martha Nussbaum spiega di «aver tradotto con "simpatia" [nella nostra traduzione, "gentilezza"] il termine *humanitas*, per Cicerone una virtù fondamentale che implica comprensione empatica e gentilezza dei modi». [N.d.T.]

6 .In questo paragrafo faccio riferimento principalmente a Cott (2000) e Hartog (2000) .

7 .Hartog (2000), p. 19 .

8 .Ivi, pp. 18-19 .

9 .Ivi, p. 14 .

10 .Ibidem .

11 .Si veda Koppelman (2006) .

12 .Si veda «Mildred Loving of Loving v. Virginia Speaks out about Marriage Equality», disponibile all'indirizzo internet <http://lesbianlife.about.com/od/gaymarriageinformation/a/Loving.htm> .

13 .Ivi .

14 .Su entrambe le questioni, si veda l'ampia gamma di opinioni degli esperti riassunti in Baehr v. Miike, No. 91-1934 (Hawaii Circuit Court, 3 dicembre 1996). Significativamente, persino la maggioranza degli esperti di parte dello Stato ha concordato sul fatto che l'orientamento sessuale non costituisce un indice significativo della capacità di svolgere il ruolo genitoriale .

15 .Per esempio, il 14 ottobre 2004, il giorno in cui ho steso una prima bozza di questo paragrafo, il New York Times riportava la lettera di un prete cattolico romano che avanzava questo argomento .

16 .Loving v. Virginia, 388 U.S. I (1967) .

17 .Kerrigan v. Commissioner of Public Health .

18 .Rispetto all'argomento di questo paragrafo, ho appreso molto dall'eccellente analisi in Sun- stein (2005), pp. 2081-2120; anche se le nostre analisi differiscono in molti aspetti, l'articolo di Sun- stein presenta la questione con incisività e chiarezza .

19 .Zablockiv. Redhail, 434 U.S. 374,384 (1978) .

20 .Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942) .

21 .Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987) .

22 .Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923) .

23 .

Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371 (1971) .

24 .Soma v. Iowa, 419 U.S. 393 (1975) .

25 .

La natura vincolante del matrimonio al di fuori dello Stato in cui esso è celebrato è stata riconosciuta anche nel caso estremo del matrimonio tra zii e nipoti, consentito agli ebrei dello Stato di Rhode Island su basi religiose .

26 .Secondo quanto affermato nella sentenza dei giudici della California. Massachusetts: Goo- dridge v. Department of Public Health, 798 N.E. 2d 941 (2003). California: In re Marriage Cases, 43 Cai. 4th 757 (2008) [76 Cai. Rptr. 3d 683, 183 P. 3d 384], Iowa: Varnum v. Brien, 763 N.W. 2d 862 (2009) .

27 La tesi di Koppelman ha ricevuto un voto nel Massachusetts .

6. Proteggere l'intimità: sex club, sesso in pubblico, scelte rischiose

1 .Anche questa tipologia può sollevare questioni relative ai diritti costituzionali qualora sia coinvolto un diritto fondamentale e il danno non sia grave .

2 .Così, sebbene Blackstone riconosca un disturbo che definisce «incorporeo», il suo esempio è relativo a qualcuno che blocchi un passaggio che conduce alla tua terra, ovvero che «vi depositi ceppi o scavi dei solchi» (m.13.2) .

3 .Per un esempio tipico si veda *Baltimore v. Warren Mfg.*, 59 Md. 96 (1882), dove il danno o la caratteristica di essere «offensivo al gusto o all'olfatto» sono circostanze sufficienti .

4 .*Commonwealth v. Perry*, 139 Mass. 198 (1885). Lo Stato argomenta che «tali odori producevano malessere, nausea e disgusto ad alcuni occupanti di dette abitazioni; che a volte essi erano talmente intensi che alcuni di detti occupanti erano costretti a chiudere porte e finestre; che detti odori erano gli odori naturali dei suini, descritti da un testimone come "odore di porco", e da un altro come "l'odore di un porco moltiplicato cinquecento volte", e da un altro ancora come "l'odore di una porcilaia". Fu accertato che tali suini non erano stati nutriti con pastoni o brodaglie, ma solo con buone granaglie, barbabietole, e altri vegetali» .

5 .*Kriner v. Turkey Volley Community School Dist.*, 212 N.Y. 2d 526 (Iowa 1973). Una testimone dichiarò di non poter mangiare quando il vento soffiava dall'area di scolo verso la sua casa: «Be', quel che so è che diverse volte sono tornata a casa per cenare e non ci sono riuscita. Se cominciavo a preparare un po' di carne o qualcos'altro, mi faceva solo tornare su la colazione, e piuttosto che quello preferivo lasciar stare e non pensare più a mangiare» .

6 .Wood (1875) .

7 .Citato, inter alia, in *Trevett v. Prison Association of Virginia*, 98 Va 332 (1900), un altro caso relativo ai diritti sull'acqua. Si noti che questo testo, e alcuni dei casi, consentono l'azione legale quando la sostanza disgustosa non ha ancora colpito i sensi. Ma questa eccezione

non sembra ammettere un'offesa «puramente costruita» del tipo che abbiamo ritenuto problematica nel terzo capitolo: l'idea fondamentale qui è che la sostanza sia idonea, se presente nel tempo e in quantità sufficiente, a produrre danno, disgusto, o entrambi. Si veda Nussbaum (2004), pp. 160-161 .

8 .D punto del riconoscere una categoria distinta è che nel caso di una turbativa privata la persona colpita ha il diritto di agire in giudizio; ma sembra poco pratico attribuire a ciascun membro del pubblico un tale diritto in presenza di una turbativa più generale, e dunque questo genere di caso è trattato in modo diverso attraverso la regolamentazione pubblica. Alcune descrizioni della categoria in questione (per esempio in Blackstone) coinvolgono nella categoria della turbativa della quiete pubblica alcune tipologie non milliane come case da gioco, case di prostituzione e locande che respingono viaggiatori senza un buon motivo. Sembra tuttavia che Blackstone pensi davvero che queste strutture causino qualche genere di danno pubblico, sebbene non articoli ulteriormente tale teoria .

9 .Black's Law Dictionary, citato in *Mutschler v. Phoenix*, 212 Ariz. 160, 129P.3d 71 (App. 2006) .

10 .*Mutschler* 163 n. 6, 166 (citazioni omesse) .

11 .Per un'analisi di questo sottotesto dell'opera si veda il capitolo a essa dedicato in Dollimo- re e Sinfield (1994) .

12 .Nei casi in questione non è stata riscontrata alcuna imposizione involontaria: si veda per esempio 31 W. 21st St v. Evening of the Unusual (N.Y. Civ. Ct. 1984). «Ms. Sullivan [una giornalista sotto copertura] testimoniò di non aver partecipato ad alcuna delle attività e, con l'eccezione di un singolo incidente, di non essere stata avvicinata o interpellata da nessuno dei clienti. Questo singolo incontro si verificò quando fu avvicinata da un uomo che le disse che voleva essere "disciplinato" e le offrì cento dollari in cambio del fatto che lei praticasse alcuni atti sessuali sadomasochistici su di lui. Lei declinò la sua generosa offerta.»

13 .*Keliahle Consultants v. Earle*, 517 F. 3d 738 (5th Cir. 2008); *Williams v. Alabama*, 511 U.S. 1012 (2004) .

14 .Si veda per esempio *Schultz v. Cumberland*, 26 F. Supp. 1126, 1144 (W.D. Wis. 1998), che ha stabilito che alcune restrizioni

eccessivamente onerose imposte a un'attività commerciale per adulti erano incostituzionali in base al Primo Emendamento .

15 .404 F. Supp. 2d 614 (D.N.J. 2005) .

16 .31 W.21st Associates v. Evening of the Unusual, Inc., 125 Misc. 2d 661; 480 N.Y.S. 2d 816; 1984 N.Y. Misc. LEXIS 3466 .

17 .City of New York v. St. Mark's Baths, 497 N.Y.S. 2d 979, 983 .

18 .Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973) .

Conclusione. Dopo il disgusto?

1 .Ellison (1952), p. xix .

2 .Whitman (1891-1892) p. 436 .

Bibliografia

AVVERTENZA

Gli anni messi fra parentesi si riferiscono alla prima edizione originale

Abelove H. (1985-1986), «Freud, Male Homosexuality, and the Americans», in *Dissent* 33 .

Anthony S.B. (1873), *On Women's Right to Vote*, disponibile all'indirizzo internet <http://www.historyplace.com/speeches/anthony.htm> .

Cameron P. (1989), «Effects of Homosexuality upon Public Health and Social Order», in *Psychological Reports*, 64 .

? (1994), *Medical Consequences of What Homosexuals Do*, pamphlet, Family Research Institute, Colorado Springs, CO, distribuito come pamphlet e disponibile online all'indirizzo: www.famnyresearchinst.org/2009/02/medical-consequences-of-what-homosexuals-do/ .

Compton L. (1980), «The Myth of Lesbian Impunity: Capital Laws from 1270 to 1791», in *Journal of Homosexuality*, 6 .

Comstock G.D. (1991), *Violence Against Lesbians and Gay Men*, Columbia University Press, New York .

Cott N.F. (2000), *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*, Harvard University Press, Cambridge. Devlin P. (1965), *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, London .

Dollimore J. e Sinfield A. (1994), *Political Shakespeare: Essays in Cultural Materialism*, Cornell University Press, Ithaca, NY .

Dover K.J. (1978, 1989), *L'omosessualità nella Grecia antica*, Einaudi, Torino 1985 .

Dunlap D.W. (1996), «The Gay Rights Ruling: In Colorado, Ruling Signals More Fights to Come», in *The New York Times*, 21 maggio .

Ellison R. (1952), *Uomo invisibile*, Einaudi, Torino .

Fried C. (2007), *Modem Liberty*, Norton, New York .

<http://cultura-non-a-pagamento.blogspot.it/>

- Goffman E. (1963), *Stigma. L'identità negata*, Laterza, Bari 1970 .
- Greenhouse L. (1990), «Washington Talk: When Second Thoughts in Case Come Too Late», in *The New York Times*, 5 novembre .
- Hartog H. (2000), *Man and Wife in America: A History*, Harvard University Press, Cambridge .
- Holthouse D. (2005), «The Fabulist», in *Intelligence Report of the Southern Poverty and Law Center*, Inverno, Montgomery, AL, disponibile all'indirizzo www.splcenter.org/intel/intelreport/article.jsp?aid=587 .
- Inbar Y., Pizarro D.A., Knobe J. e Bloom P. (2009), «Disgust Sensitivity Predicts Intuitive Disapproval of Gays», in *Emotion*, vol. ix, n. 3, pp. 435-439 .
- Irons P. (1988), *The Courage of Their Convictions*, Free Press, New York .
- Kass L.R. (1997), «The Wisdom of Repugnance: Why We Should Ban the Cloning of Human Beings», in *New Republic*, 2 giugno, vol. 216, n. 22; ripubblicato in Kass e Wilson (1998), pp. 3-60 .(2002), *La sfida della bioetica: La vita, la libertà e la difesa della dignità umana*, Lindau Editore, Torino 2007 .
- Kass L. e Wilson J.Q. (1998), a cura di, *The Ethics of Human Cloning*, Aei Press, Washington, DC .
- King M.L. Jr. (1963), *I Have a Dream*, 28 agosto, disponibile all'indirizzo <http://www.americanrhetoric.com/speeches/mlkihadream> Koppelman A. (1997), «Romer vs. Evans and Invidious Intent», in *William and Mary Bill of Rights Journal*, 6 .(2001), «Defending the Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights: A Reply to Edward Stein», in *Ucla Law Review*, 49 .(2006), *Same Sex, Different States: When Same-Sex Marriages Cross State Lines*, Yale University Press, New Haven .
- LaBarbera P. e Smith A. (2007), *Tolerance Gone Wild in San Francisco as Cops Stand by Amidst Folsom Street Fair's Public Perversions and Widespread Nudity*, ottobre, su www.americansfortruth.org/news/tolerance-gone-wild-in-san-francisco-as-cops-stand-by-amidst-folsom-street-fairs-public-perversions-and-widespread-nudity.html .

Lewis M. e Haviland-Jones J.M. (2000), a cura di, *Handbook of Emotions*, Gilford Press, New York .

Miller W.I. (1997), *The Anatomy of Disgust*, Harvard University Press, Cambridge .

Murdoch J. e Price D. (2002), *Courting Justice: Gay Men and Lesbians vs. the Supreme Court*, Basic Books, New York .

Nussbaum M.C. (1999), «Objectification», in *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, New York .

Dwuograjia ġ-t i ? .

(2002), «Sex, Equality, Liberty, and Privacy: A Comparative Approach to the Feminist Critique», in Sridharan, Hasan e Sudarshan (2002), pp. 242-283 .(2004), *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma 2005 .(2006), *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, il Mulino, Bologna .

? .

(2007a), «Constitutions and Capabilities: "Perception" against Lofty Formalism», in *Harvard Law Review*, vol. 121, n. 1 .

? .

(2007b), *Liberty of Conscience: In Defense of America s Tradition of Religious Equality*, Basic Books, New York .

Olyan S.M. e Nussbaum M.C. (1998), a cura di, *Sexual Orientation and Human Rights in American Religious Discourse*, Oxford University Press, New York .

Pettit P. (1997), *Il repubblicanesimo: una teoria della libertà e del governo*, Feltrinelli, Milano 2000 .

Rozin P. (2000), «Disgust», in Lewis e Haviland-Jones (2000) .

Savin-Williams R. (1998), «... And Then I Became Gay»: *Young Men's Stories*, Routledge, New York .

Schwarzenbach S.A. e Smith P. (2003), a cura di, *Women and the United States Constitution: History, Interpretation, Practice*, Columbia University Press, New York .

Smith A. (1759), *Teoria dei sentimenti morali*, Rizzoli, Milano 1995.

Sridharan E., Hasan Z. e Sudarshan R. (2002), a cura di, *India's Living Constitution: Ideas, Practices, Controversies*, volume tratto dalla

conferenza sul quindicesimo anniversario della costituzione indiana, Permanent Black, New Delhi .

Sunstein Cass R. (2005), «The Right to Marry», in Cardozo Law Review, 26 .

Thomas K. (1992), «Beyond the Privacy Principle», in Columbia Law Review, 92 .

Treggiari S. (1991), Roman Marriage, Oxford University Press, Oxford .

Tribe L.H. (2004), «Lawrence vs. Texas: The Fundamental Right that Dare Not Speak Its Name», in Harvard Law Review, 117 .

Weininger O. (1992), Sesso e carattere, Edizioni Mediterranee, Roma .

Whitman W. (1891-1821), Foglie d'erba, Einaudi, Torino 1980 .

Williams C. (1999), Roman Homosexuality, Oxford University Press, New York .

Wood G. (1992), I figli della libertà: alle radici della democrazia americana, Giunti, Firenze 1996 .

Wood H.G. (1875), A Practical Treatise on the Law of Nuisances in Their Various Forms: Including Remedies Therefore at Law and in Equity, John Parsons, Jr., Albany, NY .

Yoshino K. (2007), «Tribe», in Tulsa Law Review, 961 .